ROCZNIK XXVIII. 1—12.

CZASOPISMO

PRAWNICZE I EKONOMICZNE

ORGAN WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI UNIWERSYTETU JAGIELL. ORAZ TOW. PRAWNICZEGO I EKONOMICZNEGO W KRAKOWIE

Z ZASIŁKIEM
SENATU AKADEMICKIEGO UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

KRAKÓW 1933
WYDAWCA: WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI
UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego

SPIS RZECZY.

W. Steinberg.

PRAWO SĄSIEDZKIE.

Nachbarrecht diese schwierige und für das praktische Leben so wichtige Materie.

Józef Unger.

CZĘŚĆ PIERWSZA.

Dział I. Zagadnienia ogólne.

Rozdział I. Prawo jako zakazy i nakazy.

Nie trudno wpaść na pomysł, że przepisy prawne (zgrubsza mówiąc) są rozkazami. Toteż myśl tę wypowiedziano już dawno [1] a w ustroju absolutystycznym nasuwa się sama przez się. Spornem pozostawałoby tylko pytanie, czy przepisy prawne składają się wyłącznie z rozkazów, czy spotykamy w prawie również i innego rodzaju składniki. Już w tem miejscu zauważyć należy, iż rozkazy można rozpatrywać jako czynności z punktu widzenia społeczno-psychologicznego, bądź też jako wytwory a więc zdania zawierające pewien sens i strukturę. W pracy tej mowa będzie o rozkazach przedewszystkiem w drugiem z powyższych znaczeń.

Narazie wypadnie się zastanowić nad dwiema kwestjami wstępnemi:

1. Jakkolwiekbyśmy chcieli określić pojęcie prawa przedmiotowego, czy też zadowolić się przyjęciem jednej z niezwykle licznych definicyj prawa, niesporne pozostanie, że pewne przepisy zawarte w ustawach i kodeksach są przepisami prawnemi. Jeśli więc zacieśnimy teren naszego badania do tego, co bezspornie jest prawem, to możemy całą sprawę definicji prawa pominąć [2].

---

[1] Np. Cicero, Pro Flacco VII, 15, de leg. II 4, §§ 8 i 9 »iubere et vetare« lub Hobbes, Leviathan, Part 2, chap. 26 »First is manifest that Law in generall is Command«.

[2] Wystarcza wspomnieć w tem miejscu, że w pracy p. t. Zagad-

Tak zacieśnione prawo można rozpatrywać z wielu punktów widzenia: jako zjawisko społeczne w związku z resztą życia społecznego, a to bądź przyczynowo jako wypływ warunków, wśród których powstały, bądź jako przyczynę pewnych zmian w życiu danego społeczeństwa, bądź też finalistycznie, jako środki do osiągnięcia pewnych celów przez twórców przepisu danego zamierzonych. Można je rozpatrywać nadto jako zbiór zdań o pewnym sensie zawartym w nich i starać się sens ten ustalić. Wreszcie da się je teoretycznie analizować co do struktury i można starać się znaleźć formułę, któraby potrafiła objąć je bądź wszystkie, bądź poszczególne ich działy i pozwoliła logicznie odbudować ich strukturę [1]. Praca ta podąża ostatnią drogą w swej konstrukcyjnej części. Tak więc starając się wykazać, iż prawo prywatne można ująć jako złożone wyłącznie z nakazów i zakazów, rozumiem przez te ostatnie zdania o pewnej strukturze.

2. Teorja imperatywna rozporządza szczególnie obfitym materjałem przykładów na poparcie swych tez w dziedzinie prawa politycznego i administracyjnego. Element jednostronnego rozkazu władzy wobec obywateli występuje tak często i jawnie w tych odłamach prawa, iż niepodobna go nie zauważyć, a zauważywszy, nie uznać za podstawowy. Tymczasem w epoce konstytucjonalizmu i praw podmiotowych publicznych właśnie w dziedzinie prawa państwowego podkreśla się jako zdobycz współczesnej epoki nietylko związanie władzy państwowej przepisami prawnemi, wydanemi przez nią, lecz również przyrzeczenie władzy państwowej, iż w swem postępowaniu będzie się stosowała do pewnych zasad. Na tem tle powstają koncepcje w rodzaju norm przyrzekających (Versprechensnormen) Somlo'a, które rzekomo mają stanowić swoisty rodzaj norm prawnych obok norm rozkazowych (Befehlsnormen) [2].

Natomiast w pracy tej pragnę wykazać na przykładzie prawa sąsiedzkiego, że w dziedzinie t. zw. prawa prywatnego da się prze-

---

nienie rzeczywistości norm prawnych (częściowo wydrukowanej w Głosie prawa rok VII, nr 1—2) poruszył autor bliżej tę kwestję.

[1] Rozważania takie należą do teorji prawa pojętej jako teorja normy prawnej (Jerzy Lande, Norma a zjawisko prawne. Czas. praw. i ekonom. XXIII, str. 345, uw. 1).

[2] Juristische Grundlehre 1927, str. 204—213. Przeciw przyjęciu norm przyrzekających wystąpił ostatnio prof. Gołąb w pracy p. t. Formy zdań prawnych w prawnoprywatnem oświetleniu, str. 34.

prowadzić konstrukcję norm jako imperatywów w zupełności, tak dalece, że nawet t. zw. prawa podmiotowe dadzą się z tego punktu widzenia ująć teoretycznie całkiem poprawnie.

Przeciw teorji imperatywnej wysunięto również w sferze prawa państwowego tezę o tem, jakoby norma prawna była zdaniem warunkowem (hipotetycznem). Kelsen stanowi tu twórcę i głowę całej szkoły teoretyków prawa, zwalczających m. i. pogląd, jakoby prawo stanowiły rozkazy.

By móc pobieżnie zorjentować się w tym sporze trzeba najpierw ustalić, o czem mowa. Ma to szczególną doniosłość w dziedzinie teorji prawa, większą niż w odniesieniu do jakiegokolwiek przedmiotu nauk przyrodniczych. »Prawo« to równie dobrze 1. sam tylko przepis pisany lub zwyczajowo tylko przestrzegany, 2. zarówno przepis jak i zachowanie się i przeżycia ludzi, wykonujących go i wbrew niemu działających, lub też 3. same te przeżycia tylko. Jeśli rozpatrywać prawo jako sam przepis prawny tylko, wówczas nie każdy z nich ma widoczną na pierwszy rzut oka postać rozkazu, a przeciwnie, wiele z nich wykazuje budowę zdania warunkowego: jeśli... to... Inne zdania prawne dadzą się bez trudu przerobić na zdania warunkowe i stąd — zdawałoby się — wypływa wniosek, iż przepisy prawne są zdaniami warunkowemi.

Pomijam tu trudności, polegające na pomieszaniu norm, a więc zdań, ustanawiających obowiązki, z sądami właściwemi, a więc zdaniami, stwierdzającemi pewien stan faktyczny, gdyż wbrew ogólnie przyjętemu zdaniu w tej materji, staram się na innem miejscu wykazać, że normy dadzą się przekształcić logicznie na sądy właściwe i traktować równorzędnie z niemi.

Główny nacisk pragnę położyć na tem, iż między rozkazem a normą, ubraną w formę okresu warunkowego, niema żadnego przeciwieństwa. Przypatrzmy się kilku przykładom rozkazu: »Baczność« »Stój«, »Przynieś mi książkę z szafy«. Dotyczą one konkretnej, ściśle określonej, czynności lub zaniechania i mają swój dobry sens w konkretnej sytuacji, gdy pewna osoba kieruje je do innej (lub innych).

Powyższa forma rozkazu nadaje się jednak tylko dla rozkazów jednorazowych. Gdy pragnę, by dane działanie pozytywne lub zaniechanie częściej lub stale następowało u osoby drugiej, muszę wyrazić expressis verbis sytuację, w której zgodnie z mą wolą pewien czyn ma zostać wykonany. Sytuacja ta jest w wypadku kon-

kretnego, jednorazowego rozkazu dorozumianą, tutaj zaś trzeba wyrazić warunki, w których powstaje obowiązek. Można więc powiedzieć np. »Gdy dowódca wejdzie do koszar, stań na baczność, lub staniesz (staniecie) na baczność«. Tego rodzaju rozkaz wymaga, by go kierowano wprost do oznaczonej osoby lub oznaczonej ilości osób, innemi słowy adresat, czy też adresaci tego rozkazu muszą być oznaczeni zapomocą konkretnej sytuacji, w której podobny rozkaz wydano. Tylko w takich rozkazach można użyć gramatycznego trybu rozkazującego. Dlatego rozkaz, zawierający również oznaczenie osób, do których go skierowano musi brzmieć: »Gdy dowódca wejdzie do koszar, każdy obecny tam żołnierz powinien stanąć na baczność«. Tu już osiągnęliśmy formę, w której dadzą się wyrazić normy prawne. Pierwsza część tego zdania wyraża warunki faktyczne, od których zajścia zależy powstanie obowiązku, druga zaś określa obowiązek i treść tego obowiązku, a mianowicie czyn przepisany. Coprawda zakres adresatów normy tej nie jest jeszcze dość ściśle określony, bo nie wiadomo kto jest żołnierzem, a kto nim nie jest, lecz to możemy pominąć, gdyż do tego celu służą definicje normatywne (legalne), lub też interpretacja przepisów. Chodzi w tym związku tylko o wykazanie, że rozkaz każdy, ustanawiający pewne obowiązki na przyszłość i domagający się wykonania kilkakrotnego pewnego czynu, może, a nawet, w wypadku, gdy zawiera oznaczenie adresatów — musi przybrać formę zdania warunkowego. Teorja, ujmująca przepisy prawne jako zdania warunkowe, przeciwstawia się więc tylko pozornie teorji imperatywnej.

Wedle ostatniej, treścią przepisów prawnych są rozkazy, a więc zdania zawierające bądź nakazy czynienia czegoś, bądź zakazy pewnych czynów i prima facie także 2) pozwolenia tychże, przyczem czynem przez prawo nakazanym, zakazanym lub dozwolonym, może być również zaniechanie. Pozwolenie ma za przesłankę uprzednie obowiązywanie pewnego zakazu, gdy dotyczy wykonania pozytywnej czynności lub też pewnego nakazu, gdy odnosi się do zaniechania danej czynności i ma sens tylko jako cofnięcie zawartej w nich normy. Pozwolenie więc przedstawia się jako zjawisko pochodne w stosunku do nakazów i zakazów.

Nakazy i zakazy dzielą wszystkie możliwe do wykonania czyny ludzkie na nakazane t. j. takie, których wykonanie jest obowiązkiem i zakazane t. j. czyny, których zaniechanie jest

obowiązkiem i czyny, które nie są ani nakazane ani zakazane. Te ostatnie tworzą sferę »wolności« (niemieckie »Dürfen«). W tej dziedzinie istnieje wiele czynów dla prawa całkiem obojętnych, a więc takich, których dokonanie ani też zaniechanie nie wywołuje żadnych skutków prawnych, innemi słowy czynów tego rodzaju, z których dokonaniem ani też zaniechaniem przepisy prawne nie łączą żadnych skutków prawnych.

Z innemi zaś łączy prawo, na wypadek ich dokonania, pewne skutki prawne, t. j. wiąże z niemi powstanie, zmianę lub zgaśnięcie pewnych obowiązków. Nazwiemy je czynami uprawnionemi, a odnośną sytuację normatywną jednostki, której czyny są warunkami skutków prawnych — uprawnieniem tejże.

Z warunkowego brzmienia współczesnych kodeksów karnych możnaby wnosić, iż przepisy karne nie zakazują niczego, a jedynie przewidują skutki prawne dokonania czynów określonych. Zdanie to powszechnie odrzucono w teorji prawa karnego. Przepisy prawa tego bez względu na takie czy inne swe sformułowanie zakazują pewnych czynów pod sankcją, nie dotyczą więc dziedziny wolności i nie tworzą uprawnień popełniania przestępstw. Tak więc upada możliwy zarzut z tej strony.

Uprawnienia odnoszą się tylko do czynności pozytywnych i zaniechań, a nie do pewnych stanów statycznych. Dlatego też posiadanie jako stan trwały nie jest uprawnieniem w powyżej przyjętem znaczeniu, choć prawo łączy z niem pewne skutki prawne.

Gdy nakaz prawny nakłada obowiązek wykonania pewnej czynności lub zakaz prawny stwarza obowiązek zaniechania pewnego czynu (przez osobę zobowiązaną) ze względu na osobę trzecią, wówczas sytuację normatywną tejże osoby trzeciej nazwiemy roszczeniem jej wobec zobowiązanej.

Zazwyczaj przepis powyżej opisany, wytwarzający sytuację normatywną, zwaną roszczeniem, przewiduje równocześnie, że na wypadek niewykonania rozkazu winna nastąpić, na żądanie osoby trzeciej, sankcja wobec zobowiązanego. Przez sankcję nie rozumiemy jednak wyłącznie tylko kar i t. p. środków represyjnych, lecz wszelkie skutki prawne, które dany przepis łączy normatywnie z niewykonaniem prawnego rozkazu. — Wchodzą tu więc w rachubę zarówno t. zw. prawo skargi, nieważność czynności prawnej, jej bezskuteczność, wzruszalność i t. p.

Teorja imperatywna nie potrafi inaczej ująć roszczenia, jak

tylko z punktu widzenia samych przepisów prawnych, a nie osób prawu podległych. Tem samem zaciera się nieco element atrybutywny prawa, wysunięty na plan pierwszy przez Petrażyckiego i jego szkołę, lecz uzyskujemy niezwykłą jednolitość, prostotę i przejrzystość teoretyczną na terenie, na którym dotąd przechadzają się beztrosko różne »władze«, »władztwa«, »moce«, »Zukommenlassen« (Somlo) i t. p. twory nienormatywne.

Jeśli obowiązek osoby zobowiązanej powstaje nie wprost z prawa, lecz dopiero z czynu niezakazanego ani nienakazanego osoby trzeciej, a przepis prawny z czynem tym (tejże osoby trzeciej) łączy obowiązek zobowiązanego wykonania lub zaniechania pewnej czynności ze względu na trzecią osobę, wówczas mamy do czynienia z uprawnieniem osoby trzeciej, z którego wynika roszczenie tejże trzeciej osoby wówczas, gdy z uprawnienia swego skorzysta. Wypadek taki, niezwykle częsty w prawie prywatnem, będziemy krótko oznaczali mianem u p r a w n i e n i e - r o s z c z e n i e. Przykład: zawłaszczenie rzeczy bezpańskiej.

Roszczenia mogą zwracać się bądź tylko przeciw konkretnie oznaczonej osobie zobowiązanej, bądź też przeciw wszystkim osobom, podlegającym danemu porządkowi prawnemu. Psychologistyczne i pozytywistyczne ujęcie prawa przyjmuje tylko pierwszą z tych ewentualności. Nic dziwnego. Tam, gdzie roszczenie w pewien sposób bytuje w osobie, ze względu na którą czyn ma być wykonany lub zaniechany (w osłabionej formie mówi się tajemniczo, iż roszczenie »służy« tejże osobie), tam trudno da się pojąć, iż roszczenie to zwraca się przeciw wszystkim osobom, przepisowi danemu podległym, a raczej zrozumiałą wydaje się sytuacja, gdy roszczenie zwraca się przeciw konkretnie oznaczonej osobie. Jeśli jednak sprawę rozpatrujemy od strony samych przepisów prawnych, wówczas niema trudności przyjęcia, że wszystkie osoby, podległe danemu przepisowi prawnemu czy też danemu systemowi przepisów prawnych (t. zw. porządkowi prawnemu), są zobowiązane do pewnych czynności czy zaniechań ze względu na pewną osobę i ewentualnie, że na żądanie tej właśnie osoby, winna nastąpić sankcja przeciw niestosującemu się do tego rozkazu. Zresztą przepisy prawne współczesne mają w olbrzymiej większości wypadków brzmienie ogólne, prawie nigdy nie wymieniają konkretnych osób w charakterze zobowiązanych czy też uprawnionych, więc pogląd nasz bardziej odpowiada ich sformułowaniu ogólnemu.

Ujęcie ogólne przepisów prawnych i osób zobowiązanych i uprawnionych występuje w kilku postaciach. Przedewszystkiem normy prawne, wymieniające konkretne osoby jako zobowiązane lub uprawnione (w powyżej przyjętem znaczeniu) spotyka się wprost wyjątkowo jako pierwotne, a ogółem tylko jako pochodne przepisy wynikające z pierwotnych, przez zastosowanie ich do konkretnych przypadków (wyroki sądowe i akty administracyjne). Hierarchja norm prawnych, o której traktuje Merkl pod nazwą »juristische Stufenlehre«, polega właśnie na przejściu od przepisów ogólnych do coraz bardziej szczegółowych. Lecz nie dość na tem. Należy rozróżnić między 1) przepisem sformułowanym w ten sposób, że osobę zobowiązaną wyznacza spełnienie się pewnych warunków, lub mówiąc innemi słowy, zaistnienie pewnego stanu faktycznego, lecz w razie spełnienia się tych warunków, obowiązaną jest tylko jedna osoba lub więcej, lecz konkretnie przeż stan faktyczny oznaczonych osób, a 2) między przepisem, nakładającym obowiązki na wszystkie osoby podległe danemu przepisowi lub systemowi przepisów. bez określenia osób zobowiązanych, nawet zapomocą podania warunków, w których obowiązek ten powstaje. Tę ostatnią postać spotykamy w wypadku roszczenia, zwróconego przeciw wszystkim osobom podległym danemu t. zw. porządkowi prawnemu.

Gdy przepis prawny łączy z pewnemi faktami zakaz oddziaływania na oznaczoną rzecz lub osobę, skierowany do wszystkich osób, podlegających danemu systemowi przepisów prawnych, wówczas czynności oznaczonej osoby o ile są nienakazane i niezakazane, przestają być dla prawa obojętne i stają się tem, co nazywać będziemy prawnie chronioną sferą wolności.

Rzecz, o której mówiono co dopiero, nie musi koniecznie być rzeczą zmysłową (res corporalis), ani też oznaczenie jej w odnośnym przepisie nie musi wcale być konkretnem i w przeważającej większości wypadków niem nie jest. Również i osoba chroniona może być oznaczoną przez pewne fakty (np. sposoby nabycia własności) a nie konkretnie, nie mówiąc już o tem, że może nie być wogóle osobą w potocznem i naukowo-przyrodniczem znaczeniu, co w nauce prawa wyraża się w ten sposób, iż jest to »osoba prawna«.

Jest rzeczą widoczną, że to, co prawnicy określają mianem prawa podmiotowego, jest tworem obejmującym bądź prawnie

chronioną sferę wolności wraz z uprawnieniami, roszczeniami i uprawnieniami-roszczeniami różnego rodzaju a więc wszystkie wyszczególnione powyżej twory prawne razem, bądź konglomeratem niektórych z nich tylko.

Czego dotyczyć mogą prawne zakazy i nakazy? Czynów ludzkich wyłącznie, a niegdyś i innych, pojętych na wzór ludzkich [1]. Czyny te zaś dzieli się na czynności pozytywne (dopuszczenia, jak mówi Krzymuski) [2] i zaniechania (facere i non facere). Więcej rodzajów być nie może, co ma podstawę w logicznem prawie wyłączonego środka i w łączącej się z tem prawem roli przeczenia, które wyczerpuje zakres przedmiotów danego rzędu. Co więc mamy na myśli, mówiąc często w dziełach prawniczych o dare, praestare i pati, prócz przepisów o facere i non facere? Gdzie znaleźć miejsce dla wypadków, przewidzianych w § 861 ABGB, mówiącym równorzędnie o przyrzeczeniu dozwolenia komuś czegoś, dania czego, uczynienia czegoś dla kogoś i zaniechania czegoś dla niego (»gestatten«, »geben«, »tun«, »unterlassen«) lub dla rozróżnienia art. 1126 C. c., między daniem (donner) rzeczy a uczynieniem lub zaniechaniem czegoś (faire ou ne pas faire)?

Rozważmy rzecz naprzód bez względu na jakiekolwiek obowiązki i związane z niemi przepisy.

Istnieją więc czyny ludzkie pozytywne i negatywne, działania przez dopuszczenie i zaniechanie, facere i non facere. W obrębie pierwszego działu (facere) można rozróżnić 1) działania pozytywne w węższem rozumieniu, czynność zwykłą, samą przez się, wykonaną w stosunku do kogoś drugiego, t. j. ze względu na niego lub dla jego korzyści (facere sensu stricto) [3], 2) takież działania, skierowane ku korzyści drugiej osoby a przenoszące jakąś już istniejącą rzecz (w szerokiem znaczeniu tego słowa) z dziedziny działania osoby przenoszącej do sfery działania owej osoby drugiej (dare), 3) działania pozytywne, wykonane ze względu na drugą osobę lub dla jej korzyści, wytwarzające jakąś rzecz, wraz z prze-

---

[1] Nie wymaga specjalnych wywodów twierdzenie, iż wyobrażenia prawne, nakładające obowiązki również na bogów czy zwierzęta, wypływają z traktowania postępowania ich na wzór i podobieństwo ludzkiego działania.

[2] Wykład prawa karnego t. I, str. 151.

[3] Działań pozytywnych, nie pozostających w żadnym stosunku do innych osób i nie przedstawiających dla nich wartości nie rozważamy, gdyż jako aspołeczne nie mają wogóle znaczenia prawnego.

niesieniem jej w dziedzinę działania owej osoby drugiej (praestare).

Drugi dział czynów (non facere) również da się podobnie podzielić. 1) Zwykłe zaniechanie ze względu lub dla korzyści osoby drugiej, przy którem jednak drugi podmiot nie działa równocześnie na osobę pierwszą (powstrzymującą się od działania) lub jej dziedzinę działania (non facere sensu stricto) i 2) zaniechanie działania wobec równoczesnego pozytywnego działania drugiej osoby, skierowanego na osobę pierwszą lub jej sferę działania (pati)[1]. Równoczesne działanie drugiej osoby może być celowe lub też mimowolne.

Rzecz zmienia się, gdy wciągniemy w grę nakazy i zakazy. Przedewszystkiem można nakazać i zakazać zarówno czynienia jak i nie czynienia. Mamy więc:

1) Nakaz czynienia, stwarzający o b o w i ą z e k wykonania pewnego konkretnego działania pozytywnego (nakaz facere). Zaniechanie — przez osobę zobowiązaną — wykonania nakazanego działania, przedstawia się jako czyn przeciwny nakazowi i to zarówno wówczas, gdy nakazanego czynu zaniechano umyślnie, jak i wówczas, gdy przez zapomnienie lub omyłkę wykonanie nie nastąpiło, a nawet w wypadku przeszkody, zaszłej w czasie wykonania. Rozróżnienie tych wypadków następuje dopiero wtórnie, gdy chodzi o zastosowanie sankcji, przewidzianej na wypadek niewykonania obowiązkowego działania. Wówczas dopiero wchodzą w grę różnice te, jako stopnie winy i przypadek niezawiniony. Bo też nakaz czynienia (facere) czegoś, jest równocześnie zakazem nieczynienia (non facere) tegoż, co wynika nie z logicznego prawa podwójnego przeczenia, jakby się zdawać mogło, gdyż nakaz nie jest zwykłem twierdzeniem, ani zakaz przeczeniem[2], lecz stąd, że po pierwsze:

a) facere i non facere, wykonanie lub niewykonanie danej czynności, wyczerpują co do niej całą skalę możliwości działania, oczywiście z zastrzeżeniem zrozumiałem samo przez się: w danej sytuacji, przyczem niewykonanie nakazanego czynu obejmuje zarówno zaniechanie, polegające na wykonaniu decyzji niedziała-

---

[1] Myśl podobną na istotę znoszenia wyraził już E. R. Bierling (Juristische Prinzipienlehre, t. I, 1894, str. 242—3.

[2] Zajmiemy się tą sprawą w osobnej pracy p. t. O prawdzie i fałszu norm prawnych.

nia, jak też niewykonanie czynu skutkiem niemożności powzięcia decyzji, strachu i t. p., po drugie:

b) dokonanie czynności tej stało się obowiązkiem przez nakaz, więc wobec a) niema sfery czynu wobec obowiązku obojętnej, istnieje tylko wykonanie w myśl obowiązku i zaniechanie wbrew obowiązkowi. Dlatego też można uznać każdy nakaz wykonania danej pozytywnej czynności za zakaz powstrzymania się od niej.

2) Nakaz powstrzymania się od konkretnej czynności pozytywnej (nakaz non facere) wytwarza obowiązek zaniechania oznaczonej w nim czynności. Zupełnie analogiczne rozumowanie doprowadza do wniosku, że nakaz non facere jest równoznaczny z zakazem facere, odnośnie do tej samej czynności.

3) Zakaz wykonania pewnej czynności pozytywnej (zakaz facere) ustanawia obowiązek powstrzymania się od niej. Tutaj bez dalszych wywodów jest dla każdego jasnem, że zakaz facere jest równoznaczny z nakazem non facere.

4) Zakaz powstrzymania się od określonej czynności (zakaz non facere) powołuje do życia obowiązek wykonania wskazanego w nim czynu i jak widać odrazu, równa się nakazowi facere.

Staje się więc jasnem, że właściwie wystarczają tylko 2 wypadki: 1) nakaz czynienia czegoś i 2) nakaz zaniechania jakiejś innej czynności — do odbudowy wszystkich nakazów i zakazów, tak, że nawet samo pojęcie zakazu można zupełnie wyrugować a zadowolnić się pojęciem nakazu i czynności pozytywnej (facere) oraz jej negacji (non facere). Jeśli więc używamy mimo to nazwy zakazu, to dla krótszego sposobu wyrażania się, gdyż przez nakaz rozumie się zawsze nakaz wykonania pozytywnej czynności a przez zakaz — nakaz niewykonania innej pozytywnej czynności.

W rozważaniach tych nie odróżniliśmy, jak już zaznaczono, psychologicznej różnicy między dowolnem a mimowolnem zaniechaniem lub wykonaniem jakiejś czynności, gdyż to nie jest dla naszej kwestji istotnem, albowiem czynnik psychiczny działania obowiązkowego wchodzi w grę dopiero wtórnie, w razie naruszenia obowiązku (kwestja winy). Dlatego też obojętną jest dla nas tutaj sprawa, czy zobowiązany do zaniechania ma chcieć powstrzymać się od danej czynności, czy też wystarczy, by zaniechał jej przez zapomnienie, taksamo jak będzie nieistotną całkiem okoliczność, że zobowiązany do wykonania jakiejś czynności dokona jej błędnie mniema-

jąc, że przekracza zakaz, a więc popełnia czyn w swem mniemaniu niedozwolony.

Obecnie możemy wejść w poddziały w obrębie ogólnych typów facere i non facere.

W pierwszym mamy więc: 1) nakaz facere sensu stricto, 2) nakaz dare i 3) nakaz praestare, tak powszechnie spotykane wśród przepisów prawa.

W dziale non facere: 1) nakaz non facere w węższem rozumieniu charakterystyczny dla prawa karnego, chociaż częsty również i w innych działach (podobnie jak i w prawie karnem występują też nakazy typu facere) i 2) nakaz pati, obowiązujący adresata do zaniechania przeciwdziałania wobec pewnego określonego działania drugiej osoby.

Zbadajmy jeszcze, jak przedstawia się obraz wówczas, gdy weźmiemy pod uwagę prócz zobowiązanego jeszcze i drugą osobę, ze względu na którą lub dla której działanie ma być dokonane lub zaniechane. Jeśli obowiązek brzmi facere, dare lub praestare a nakaz jest prywatnoprawny, wówczas osoba różna od rozkazodawcy, na rzecz której mają te czynności nastąpić, nabywa z odnośnego nakazu roszczenie wobec zobowiązanego tej samej treści, a więc roszczenie, by zobowiązany wykonał dla niej daną czynność pozytywną (facere), przeniósł odnośną gotową rzecz do jej sfery działania (dare), lub też rzecz tę wytworzył i przeniósł w jej sferę działania (praestare). Sankcję stosuje się na wniosek lub skargę zainteresowanego (w sensie osoby, na rzecz której czynność nakazana ma nastąpić, a nie w tym sensie, jakoby czynność ta zawsze musiała wyjść na korzyść tej osoby).

Pogląd Petrażyckiego [1], że przedmiotem prawa jest accipere po stronie uprawnionego, gdy przedmiotem obowiązku po stronie zobowiązanego jest facere, wydaje się z naszego punktu widzenia nieścisły, bo roszczenie odnosi się wprost do tej samej czynności czy też wyniku, do której odnosi się obowiązek zobowiązanego, a dopiero skutkiem naruszenia obowiązku lub innych, przepisami prawnemi przewidzianych okoliczności (np. niemożność świadczenia), zmienia się w pewnych wypadkach zarówno przedmiot obowiązku po stronie zobowiązanego, jak i przedmiot roszczenia po stronie uprawnionego.

---

[1] O pobudkach postępowania i istocie moralności i prawa, (str. 45/6).

Gdy mamy do czynienia z prywatnoprawnym obowiązkiem non facere, osoba, względem której należy czynności zaniechać, ma roszczenie o zaniechanie, a więc ewentualnie również związane z niem uprawnienie wystąpienia z wnioskiem lub skargą o sankcję tego zakazu w wypadku, gdyby go zobowiązany naruszył. Czasem nabywa również specjalnym przepisem »wolność« natychmiastowego odparcia bezprawnego czynu zobowiązanego (obrona konieczna). Wówczas odparcie takie nie wywołuje skutków prawnych, choć w innych okolicznościach czyn taki sam jest zakazany pod sankcją. Sformułowanie Petrażyckiego, który utrzymuje [1], że gdy przedmiotem obowiązku jest non facere, przedmiotem prawa jest non pati, t. j. jakbyśmy się wyrazili facere ut non faciatur (fiat), nasuwa myśl o dozwoleniu samopomocy (obrony koniecznej), co tylko niekiedy i w wąskim zakresie zachodzi. dlatego też tutaj jako nieścisłe zużyć się nie da.

Wobec prywatnoprawnego obowiązku pati, powstaje po stronie drugiej bądź uprawnienie do czynności pozytywnej, wobec zobowiązanego wywołującej skutki prawne, bądź też pewna sfera »wolności«, a więc czynów ani nakazanych ani zakazanych, nie wywołujących żadnych skutków prawnych.

Zupełnie analogicznie przedstawiają się rozważania co do publiczno-prawnych nakazów facere, dare, praestare, non facere i pati, z tą tylko różnicą, że osobą, ze względu na którą należy dokonać lub zaniechać czynności, jest często sam rozkazodawca i on też nabywa z rozkazu swego wymienionych wyżej roszczeń, uprawnień, względnie »wolności«.

Uzyskaliśmy powyżej przegląd schematyczny pięciu gatunków przepisów prawnych (nakazy: facere, dare, praestare, non facere i pati) a ściśle mówiąc, pięciu gatunków obowiązków prawnych, które można połączyć w normach prawnych ze stanami faktycznemi, jako ich skutki prawne. Jeśli zaś przepis odnośny jest prywatnoprawny, uzyskujemy również odpowiednich pięć gatunków roszczeń prawnych, wynikających z przepisów prawa prywatnego

Tak sprawa wygląda z punktu widzenia rozważań zasadniczych. W dziale III zastosujemy je do »prawa« własności i przepisów sąsiedzkich.

---

[1] O pobudkach postępowania i istocie moralności i prawa, str. 46.

Czy prócz nakazów i zakazów teorja prawa musi przyjąć ponadto inne jeszcze pojęcia podstawowe do odbudowy logicznej przepisów prawnych, a w szczególności czy nie da się uniknąć przyjęcia norm, z aktów przyrzeczenia wynikających, tego nie będziemy w tem miejscu rozstrzygali, gdyż dla pracy naszej jest to obojętne Wystarczy jednak zaznaczyć, że nie widać żadnego poważnego względu, któryby zmuszał do przyjęcia tego rodzaju norm w dziedzinie t. zw. prawa prywatnego. Pewną trudność przyjęcia teorji imperatywnej w podanej powyżej szkicowo postaci stanowi na pierwszy rzut oka znany prawnikom wypadek czynności prawnych zakazanych, a jednak mimo to ważnych i wywołujących skutki prawne (valide sed illicite). Jeśli jednak zastanowić się trochę nad tym argumentem, to okaże się, że tego rodzaju wypadki powstają przez dość swoistą kolizję dwóch przepisów prawnych. Weźmy typowy przykład zakazu zawierania małżeństw przez osoby wojskowe. Z jednej strony mamy tu specjalny przepis, zakazujący zawieranie małżeństwa osobom wojskowym, bez zezwolenia władzy przełożonej, pod zagrożeniem sankcji w postaci kary na wypadek przekroczenia, a równocześnie ogólny przepis kodeksu cywilnego, z którego dla danej osoby wojskowej, spełniającej ogólne warunki, tamże podane, powstaje uprawnienie (w powyżej przez nas podanem znaczeniu) zawarcia związku małżeńskiego. Dokładnie mówiąc, napotykamy się w takim wypadku z jednej strony na zakaz czynu A (zawarcie małżeństwa w formie, przez kodeks cywilny określonej) pod zagrożeniem sankcji a (kara ze strony władz wojskowych), z drugiej strony zaś na normę, nakazującą pewne obowiązki małżonkom wobec siebie, na wypadek dokonania przez nich A (zawarcie małżeństwa) a to pod sankcją b (przymus czy też separacja lub rozwód), a więc inną niż sankcja pierwszego przepisu. Nie trudno zauważyć, że pierwszy przepis (wojskowy) jest wtórnym w stosunku do drugiego (cywilnego) i zakłada jego istnienie. Tak więc argument ten przeciw teorji imperatywnej w prawie prywatnem okazuje się pozornym.

Rozdział II. Prawo prywatne a prawo publiczne.

Dla odróżnienia prawa publicznego od prywatnego różne znajdowano kryterja. Ulpjan wysunął w tym celu moment teleolo-

giczny, cel do którego zmierza przepis, rozróżniając utilitatem rei publicae od utilitates singulorum. Ten moment pozaprawny wielokrotnie krytykowany, ostatnio przez prof. Gołąba (w dziele »Istota ustawowych ograniczeń aljenacji w austr. prawie prywatnem« str. 5 i nn.)[1], nie nadaje się na naukowe kryterjum podziału już choćby z tego względu, że interes państwowy, do którego zmierza dany przepis ustawy nie wyklucza korzyści osób prywatnych ani odwrotnie korzyść poszczególnych jednostek niezawsze wyłącza interes ogółu. Samo zaś stwierdzenie do jakiego celu zmierza ustawa jest częstokroć w braku wyraźnych wynurzeń ustawodawcy trudne, ba, wobec zbiorowego tworzenia przepisów prawnych w państwach współczesnych często zgoła niemożliwe.

Lepszym jest już podział prawa na publiczne i prywatne na tej podstawie, że dziedziną prawa prywatnego są te dziedziny życia, których uregulowanie ustawa pozostawia autonomji stron, a wprowadza tylko posiłkowo przepisy na wypadek, gdyby strony same inaczej nie postanowiły (ius dispositivum) lub też normy ustalające w pewnym kierunku wykładnię przejawionej woli stron. Prawem publicznem byłyby więc przepisy, których umowa stron zmienić nie może lub, wyrażając się ściślej, przepisy, ustanawiające nieważność lub bezskuteczność prawną wszelkich umów lub jednostronnych czynności prawnych niezgodnych z ich treścią (ius cogens). Rozróżnienie to oparto na prawniczych podstawach, lecz ma ono naszem zdaniem tę wadę, że rozdziela instytucje jednolite np. kontrakt o pracę wedle noweli III do k. c. austr. na części publiczne i prywatne, co jest wynikiem niepożądanym.

Można nadto próbować rozdziału na tej podstawie, że w prawie publicznem występuje z jednej strony państwo lub inna osoba wyposażona we władzę, a z drugiej jednostka władzy tej podległa a w prawie prywatnem występują wyłącznie jednostki równorzędne, a więc prawo publiczne reguluje stosunki między państwem lub innemi związkami przymusowemi a osobami, podlegającemi władzy tych związków, prywatne zaś normuje wzajemne stosunki tych ostatnich osób. Cóż kiedy i w prawie prywatnem występuje państwo jako fiskus i całe prawo prywatne opiera się nie w ostatnim rzędzie na autorytecie ustaw i organów państwowych. Formuła

---

[1] W pracy tej wyraża autor zapatrywanie, iż prawo publiczne wydaje zakazy a prawo prywatne odmawia sankcji.

prof. Jaworskiego opiewająca: w prawie prywatnem jednostki działają a państwo kontroluje, a w prawie publicznem państwo działa a jednostki kontrolują jest tylko postulatem de lege ferenda w drugiej swej części.

Stanowczo nie można wyznawać poglądu, że prawem prywatnem są przepisy, w których sankcje stosują sądy a publicznem te, gdzie czyni to administracja, już choćby dlatego, że podział czynności między te organy następuje z przyczyn zgoła innych niż teoretyczne, a więc otrzymaliśmy dwa działy prawa niejednolite wewnątrz ani formalnie ani treściowo.

Nie można również zgodzić się na teorję Somlo'a, który za punkt wyjścia rozróżnienia zdań prawnych na publiczne i prywatne bierze ustanowione przez dany przepis obowiązki i roszczenia. Wedle niego istnieją 3 rodzaje zdań prawnych: 1) przyrzekające zdania prawne (promittive Rechtssätze) wytwarzające zobowiązania i roszczenia z przyrzeczenia (Versprechensverpflichtungen i Versprechensansprüche), 2) imperatywne zdania prawne (imperative Rechtssätze), z których wypływają tylko bezpośrednie (primäre) obowiązki z rozkazu (Befehlsverpflichtungen) i 3) imperatywno-atrybutywne zdania prawne (imperativ attributive Rechtssätze), wytwarzające prócz bezpośrednich (pierwotnych) również i pośrednie pochodne zobowiązania z rozkazu i odpowiadające im roszczenia z rozkazu (Befehlsansprüche). Zdania prawne scharakteryzowane pod 1) i 2) tworzą wedle Somlo'a prawo publiczne, natomiast prawo prywatne składa się ze zdań typu opisanego pod 3).

Przeciw ciekawej tej teorji należy przytoczyć przedewszystkiem, że wątpliwem jest bardzo istnienie norm przyrzekających w dzisiejszych ustrojach prawnych, gdyż przyrzeczenie jest umową, a więc dochodzi do skutku przez przyjęcie przyrzeczenia przez stronę drugą a nadto argument, że stosunki prawne między obywatelami a fiskusem byłyby w myśl Somlo'a zawsze publicznoprawnemi, brakłoby bowiem trzeciej osoby, a więc i pochodnych obowiązków i roszczeń z rozkazu. Nadto kryterjum to nie da się w każdym wypadku zastosować jednoznacznie, gdyż bardzo często właśnie niewiadomo, czy przepis dany udziela roszczeń pochodnych, co trzeba dopiero żmudną i niepewną drogą interpretacji starać się wyjaśnić. Sprawdzian pozostający, jak zresztą Somlo przyznaje, w sferze ogólników, nie pozwalający każdego konkretnego pytania rozstrzygnąć jednoznacznie nie ma wartości i należy go odrzucić.

Ostatnio pojawił się w nauce prawa pogląd zaprzeczający, by należało wogóle dzielić prawo na publiczne i prywatne (Kelsen i jego szkoła). Pogląd taki wypływa przedewszystkiem z rozważania przepisów prawnych z czysto formalnego punktu widzenia jako norm państwowych, na straży których stoi kara przez państwo wymierzana, bądź przez nie dokonana egzekucja (Kelsen)[1] lub też uznania za zdania prawne tylko zdań typu T—ALS, gdzie T oznacza stan faktyczny, A osobę zobowiązaną, L świadczenie a S sankcję, a więc z pominięcia wszelkich różnic treści przepisów, a co ważniejsze nadto nawet różnic, w jaki sposób sankcja jest unormowana, czy następuje z urzędu bądź na wniosek lub skargę organu związku przymusowego czy też na skutek skargi pokrzywdzonego. Tego rodzaju zatarcie istniejących niewątpliwie różnic nie jest naszem zdaniem naukowo pożądanem.

Jedynie zdaniem naszem trafne kryterjum podziału prawa na publiczne i prywatne znajdujemy w dzisiejszych ustrojach prawnych w formalnej okoliczności, czy osoba, na której żądanie (wniosek lub skargę) wymierzać się winno sankcję danego przepisu (jeśli postępowanie jest skargowe) względnie, która orzeka sankcję (jeśli postępowanie odbywa się z urzędu), jest organem państwa lub innego związku przymusowego, czy też nie. Jeśli bowiem ustawa powołuje do skargi lub wniosku lub też wprost do orzekania sankcji organ państwowy, gminny lub organ innego związku przymusowego, wówczas mamy przed sobą przepis publicznoprawny, natomiast w wypadku, gdy ustawa pozostawia samej osobie zainteresowanej (poszkodowanemu czy też chronionemu) inicjatywę dochodzenia sankcji, udzielając jej tylko odpowiedniego uprawnienia mamy przed sobą przepis prawa prywatnego. Rozróżnienie to ma charakter czysto prawny[2].

Nie jest trafnym zarzutem okoliczność, że w ten sposób dałyby się rozdzielić tylko normy zaopatrzone w sankcję a przepisy, pozbawione jej nie dałyby się włączyć w żaden z tych działów. Dla takich bardzo rzadkich przepisów wystarczy dodatkowo stwier-

---

[1] Toteż dla Kelsena kodeksy cywilne redukuja się do szczegółowych katalogów, zawierających warunki zastosowania woli państwa, zastosowania egzekucji (Hauptprobleme str. 227 i nn.).

[2] Wśród 17 teoryj omówionych przez J. Holligera w rozprawie p. t. Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht (Zürich 1904) niema powyżej przyjętej.

dzić, że jeśli naprawdę żadnej sankcji nie mają, to nie są normami prawnemi.

Na nieporozumieniu zaś byłby oparty zarzut, że przyjąwszy proponowany przez nas podział należałoby uznać, że przepisy karne o ochronie czci są prywatnoprawnemi, gdyż kary wymierza się na skutek skargi obrażonego. Przesąd, jakoby prawo karne w całości należało do publicznoprawnych przepisów niema uzasadnienia ani w historji prawa i procesu karnego, ani nie może w całości odnieść się do dzisiejszych ustawodawstw karnych. Kryterjum nasze łączy się całkiem ściśle z tradycyjnem rozróżnieniem wedle zamiarów ustawodawcy (quod ad statum rei Romanae spectat w przeciwstawieniu do tego quod singulorum utilitatem), wedle znaczenia unormowanej danym przepisem materji dla bytu i rozwoju państwa. Albowiem wówczas, gdy ustawodawca uważa unormowaną przez się materję za wysoce ważną dla bytu i rozwoju państwa, oddaje sankcję odnośnych przepisów bądź wprost w ręce organów państwowych w postępowaniu z urzędu, bądź też wyznacza inicjatywę w dochodzeniu sankcji specjalnym w tym celu powołanym organom państwowym, a nie pozostawia jej w rękach osób zainteresowanych.

Jedyną nieco poważniejszą trudność można wysunąć przeciw naszemu kryterjum powołując się na stanowisko Prokuratorji Generalnej. Jest ona niewątpliwie organem państwowym, a jednak występuje również w jego imieniu przed sądami ze skargami, słusznie powszechnie uznanemi za prywatnoprawne. Trzeba jednak przypomnieć, że w wypadku zwykłej skargi cywilnej Skarbu Państwa chodzi o zrealizowanie przepisu, którego sankcja nie zna i nie wymienia Prokuratorji Generalnej, a tylko mówi ogólnie o sprzedawcy, kupującym, najmobiercy, wynajmującym i t. p. Sankcje tych przepisów nie powołują żadnego organu państwowego do skargi, lecz udzielają ogólnie zainteresowanemu uprawnienia by żądał zastosowania sankcji wobec postępującej bezprawnie drugiej strony. Natomiast przepisy powołujące do życia i organizujące działanie Prokuratorji Generalnej mają niewątpliwy charakter publicznoprawny, gdyż na ich straży stoją przepisy dyscyplinarne.

Dział II. Szkic rozwojowy prawa własności i prawa sąsiedzkiego.

Wstęp.

Tytuł tej pracy brzmi: »O prawie sąsiedzkiem«. Cóż to za prawo? Nim dalszy tok rozważań da na to pytanie szczegółową odpowiedź, wypada już w tem miejscu wprowadzić kilka uwag wstępnych.

Będzie więc mowa przedewszystkiem o przepisach prawnych (prawo w znaczeniu przedmiotowem) dotyczących sąsiedztwa nieruchomości [1] i o wynikających z tychże przepisów uprawnieniach i roszczeniach sąsiadów wobec siebie, (prawo w znaczeniu podmiotowem) jakoteż o obowiązkach sąsiadów, wynikających z tych przepisów prawnych. Ograniczenie zakresu prawa sąsiedzkiego do sąsiedztwa nieruchomości a wyłączenie sąsiedztwa ruchomości, tłómaczy się dostatecznie jasno ograniczoną z natury przestrzennie objętością rzeczy ruchomych i łatwością zmiany ich miejsca. Z tych cech wynika bowiem przypadkowość wzajemnego sąsiedztwa rzeczy ruchomych w przestrzeni i brak przepisów ustawowych, regulujących ten stosunek.

Inaczej ma się rzecz, gdy mowa o sąsiedztwie nieruchomości. Ograniczenie ich następuje w znacznej większości wypadków sztucznie, przez oznaczenie sztucznej linji granicznej, gdyż naturalnych granic (rzeki, morze, niedostępne góry) jest niewiele, a co najważniejsza, sąsiedztwo ich nie da się usunąć, ma więc cechę konieczności.

Przepisy prawa sąsiedzkiego dotyczą różnych pozornie niezbyt się wiążących przedmiotów. Spotykamy zakazy oddziaływań pewnego rodzaju z gruntu własnego na grunt sąsiedni, lub przeciwnie, obowiązki znoszenia tychże, przepisy o drodze koniecznej, czy też prawie przechodu z gruntu zamkniętego, o odstępach przy budowaniu lub sadzeniu roślin, obowiązek przyjmowania wody spływającej naturalnie lub sztucznie, obowiązek oznaczenia granic i ogrodzenia swej posiadłości, przepisy o wspólności murów i płotów, rowów czy drzew granicznych, o gałęziach zwisających nad gruntem sąsiada — by tylko kilka ważniejszych wymienić.

---

[1] Podobnie Ernest Till. Prawo pryw. austr., t. II, 1892, str. 57.

Najprostszą odpowiedzią na pytanie, co to jest prawo sąsiedzkie? zdaje się być: są to przepisy prawne dotyczące sąsiedztwa nieruchomości. Tę definicję (naukowo, jak się okaże, bezwartościową) przyjąć można jako tymczasową orjentację co do przedmiotu badań w tej pracy podjętych. Pozwoli ona nam wydzielić z ogromu przepisów prawnych współcześnie obowiązujących w Polsce i zachodniej Europie, jak i ustawodawstw wieków minionych, pewną niezbyt wielką grupę przepisów, celem bliższego ich zbadania.

Zanim w dziale III przejdziemy, na podstawie obowiązujących w Polsce ustawodawstw i z uwzględnieniem kodeksu szwajcarskiego, do konstrukcji prawa własności i typów przepisów prawa sąsiedzkiego, należy choćby pobieżnie rzucić okiem na rozwój zarówno własności, jak i prawa sąsiedzkiego, w prawie rzymskiem i zachodnioeuropejskiem. Konieczne to jest, nie dla dogodzenia szablonowi, przyjętemu tradycyjnie w pracach naukowych, lecz, jak się okaże, należyte zrozumienie przepisów prawa współcześnie obowiązującego nie da się bez tego przygotowawczego przeglądu osiągnąć. Nie można w tem miejscu uzasadnić, dlaczego prawo własności włączam odrazu w krąg rozważań nad prawem sąsiedzkiem. Nie jest to bowiem ani oczywiste ani jedynie możliwe stanowisko, że przepisy prawa sąsiedzkiego łączą się konstrukcyjnie z prawem własności. Można je bowiem rozważać samodzielnie jako osobny dział przepisów prawnych o charakterze obligatoryjnym bądź uznać za swoisty dział służebności.

Zaraz tutaj wystrzegać się należy niebezpieczeństwa stawiania w prawoznawstwie (dogmatyce prawa) teoryj oderwanych od okoliczności czasu i miejsca, od obowiązujących hic et nunc przepisów, od istniejących stosunków społecznych i poglądów, oraz przekonań prawnych danej grupy społecznej. Nie można pytać, czy przepisy prawa sąsiedzkiego wogóle należy uważać za samodzielny dział prawa czy nie, a tylko pytanie takie poprawnie stawiać można odnośnie do prawa francuskiego, niemieckiego, austrjackiego czy jakiegokolwiek innego konkretnego systemu obowiązujących przepisów prawnych. Istnienie prawa sąsiedzkiego nie należy bowiem do t. zw. przez Somlo'a podstawowych pojęć prawnych (»juristische Grundbegriffe«), których ilość jest nader szczupła, lecz do pojęć, wynikających z samej treści prawa (Rechtsinhaltsbegriffe)[1].

[1] Por. Felix Somlo. Juristische Grundlehre, wyd. II, 1927, str. 8 i nast.

Chcąc zachować formę systematycznego wykładu, trzeba przyjąć zgóry pewne założenia, pozornie tylko na próbę i chwilowo bez uzasadnienia, gdyż uzasadnieniem dla nich będzie pożytek, który przyniosą w budowie teorji. Takiem założeniem będzie w naszej pracy związek między przepisami sąsiedzkiemi a prawem własności.

Prawo własności w dzisiejszej formie u nas spotykane jako »zupełne i wyłączne władztwo osoby nad rzeczą«, należy do przedmiotów, zwanych w nauce prawa »instytucjami«. Instytucje są przedewszystkiem tworem społecznym, wytworem współżycia ludzi w grupach, a ujęcie składających się na nie stosunków społecznych w reguły prawne jest z punktu widzenia społecznego rzeczą pochodną. Okoliczność tanie jest bez znaczenia i dla rozważania prawniczego, gdyż przepisy prawne nigdy nie zawierają norm dla wszelkich możliwych wypadków, a poprzez t. zw. luki w prawie wkraczają weń poglądy i oceny panujące w danem społeczeństwie.

Zagadnienie prawa sąsiedzkiego, w powyższem tymczasowo naszkicowanem znaczeniu, zależy w zupełności od sposobu gospodarki danej grupy lub grup społecznych na gruntach. U ludów prymitywnych, trudniących się myślistwem i rybołowstwem lub zbieraniem dziko rosnących jagód i korzeni, spotykamy znaki graniczne między obszarami, na których poszczególne grupy polują i zbierają. Podmiotem gospodarczym jest cała grupa (horda, klan czy ród) a więc i granice dotyczą obszarów należących do wyłącznej eksploatacji danej grupy. Hodowla bydła wraz z łączącym się z nią nomadyzmem, koczownictwem w poszukiwaniu za obszarami dla wypasania bydła, odbiera sprawom prawa sąsiedzkiego doniosłość, gdyż ewentualne granice są tylko przejściowe. Nie widzę powodu, by w tych wypadkach nie można mówić o własności danej grupy na obszarze określonym. — Czy w powyższych wypadkach można mówić o przepisach prawnych, o prawie własności choćby tylko w sensie zlewającym się razem ze zwierzchnictwem terytorjalnem — to zagadnienie można tu pominąć, gdyż jest dość odległe od zadania, które sobie postawiliśmy, a zależy w zupełności od przyjęcia jednej z bardzo wielu możliwych definicyj prawa przedmiotowego [1].

[1] Por. wspomnianą wyżej pracę p. t: Zagadnienie rzeczywistości norm prawnych. Rozdział III.

Dopiero rolnictwo, a więc przejście do bardziej intensywnego wyzyskania gruntu i łączące się z tem stałe osiedlenie całych grup społecznych, nadaje sąsiedztwu gruntów doniosłość ekonomiczną a więc i prawną.

W obrębie naszej kultury prawnej spotykamy rolnicze społeczeństwo dawnego Rzymu, oparte na indywidualnej gospodarce rolnej i indywidualnej własności ziemi oraz społeczeństwa starogermańskie, w których zachowała się gospodarka zbiorowa całej gromady (Markgenossenschaft) na ziemi, i wspólna własność tej grupy na gruncie. Zobaczmy, jak przedstawia się prawo sąsiedzkie w Rzymie, a jak w krajach germańskich.

Rozdział I. Prawo rzymskie.

Dominium ex iure Quiritium względnie bonorum posessio odnośnie do gruntów obejmowała zarówno powierzchnię, podziemie wraz ze złożami minerałów w niem się znajdującemi, jak i słup powietrza względnie przestrzeń (coelum) wznoszącą się nad gruntem. Skarga windykacyjna umożliwiała właścicielowi wydobycie rzeczy stanowiącej jego własność od każdej osoby trzeciej, która rzecz posiadała, a zapomocą skargi negatoryjnej mógł właściciel odeprzeć wszelkie inne naruszenie swego prawa własności, nie polegające na pozbawieniu go posiadania. Rzymscy prawnicy, niechętni wszelkiemu teoretyzowaniu nie zapuszczali się w kwestję definicji własności. Z wszystkich tekstów prawa rzymskiego, traktujących o własności, widać niezwykle silnie podkreślony indywidualizm i ekskluzywność prawa własności. Nie można też inaczej określić rzymskiej własności jak tylko jako wolność przedsiębrania w zasadzie wszystkiego z przedmiotem swej własności, chronioną wobec wszystkich innych osób (niewłaścicieli) na żądanie właściciela. Prawo przedmiotowe stwarza na rzecz właściciela monopol odnośnie do danej rzeczy, będącej przedmiotem jego własności. Zasada zupełnej ekskluzywności doznaje kilku ograniczeń [1]. Prócz przepisów prawa publicznego np. riparum usus publicus, prawo poszukiwania mine-

---

[1] Poniżej zamieszczony przegląd rzymskiego prawa sąsiedzkiego oparto na Stanisława Wróblewskiego Zarysie wykładu prawa rzymskiego, t. II. Prawo rzeczowe, Kraków 1919, str. 72--85.

rałów, znało prawo rzymskie już w ustawie 12 tablic obowiązek znoszenia gałęzi, przewieszających się nad gruntem sąsiada na wysokości ponad 15 stóp nad powierzchnią gruntu. Niżej położone gałęzie obowiązany był właściciel drzewa ściąć na żądanie, a gdy ich nie ściął mimo wezwania i otwarcia dostępu, wówczas sąsiad miał prawo ściąć je sam. Owoce spadłe na grunt sąsiada mógł właściciel drzewa zbierać tertio quoque die, a wejście jego na grunt musiał sąsiad znosić za kaucją odnośnie do ewentualnie tem wyrządzonej szkody (interdictum de glande legenda). Również nie służyło właścicielowi ius prohibendi zapomocą skargi negatoryjnej, odnośnie do oddziaływań na grunt ze strony sąsiada w formie dymu, wilgoci i t. zw. imponderabiliów, jeśli oddziaływania te nie przekraczały zwykłej w danych stosunkach miary.

Spośród zakazów przedsiębrania pewnych czynności na przedmiocie własności, a więc ograniczeń t. zw. pozytywnej strony prawa własności, czy też zasady wolności własności, wymienić należy justynjański zakaz stawiania budynku, któryby boisko sąsiada pozbawiał przeciągu powietrza, zakaz budowania aż do samej granicy, gdzie należało zostawić wolny skrawek zwany ambitus, circuitus aedificii szeroki na $2^1/_2$ stopy wedle prawa 12 tablic, oraz przepis wymagający, by przy orce również pozostała wolna »granica« (limes, jeśli nie stanowi własności sąsiadów, wówczas nie ulega zasiedzeniu, fines lub confinium, jeśli składa się z 2 skrawków, z których każdy stanowi własność jednego z sąsiadów) — szeroka na 5 stóp, która służy jako droga i do zawrócenia z pługiem. W razie sporu o własność w obrębie 5 stóp granicznych, nie służyła skarga windykacyjna a tylko actio finium regundorum, na skutek której arbiter (rozjemca) ustalał linję graniczną w powyższym pasie, a gdy linji skutkiem zatarcia nie dało się rozpoznać, rozdzielano pas ten między sąsiadów (adiudicatio) wedle zasad o podziale współwłasności, choć linja graniczna w zasadzie go dzieli. Ustawodawstwo justynjańskie wprowadziło zmianę w tym kierunku, że o wykluczeniu skargi wydobywczej rozstrzygał nie przedmiot sporu intra 5 pedes, lecz żądanie powoda, który dowolnie mógł żądać ustalenia granicy, wnosząc actionem finium regundorum, zwaną później a. f. r. simplex a rozstrzyganą w postępowaniu niespornem, bądź też drogą skargi wydobywczej mógł domagać się uznania swego prawa własności na określonej przestrzeni gruntu i wyda-

nia odnośnego skrawka (a. f. r. qualificata wedle usus modernus pandectarum).

Cautio damni infecti zabezpiecza odszkodowanie sąsiadowi na wypadek, gdyby budowla właściciela sąsiedniego skutkiem wady swej (vetustas, infirmitas, wogóle vitium aedium) wyrządziła pierwszemu szkodę. Zagrożony sąsiad zwracał się w epoce prawa pretorskiego do pretora, względnie władzy municypalnej o pomoc, składał wobec władzy t. zw. iuramentum calumniae, t. j. przysięgę, że nie działa w zamiarze szykanowania właściciela budynku, poczem pretor wzywał tegoż do złożenia przyrzeczenia (cautio), że wynagrodzi szkodę sąsiadowi, jeśli skutkiem wady budynku w ciągu oznaczonego po rozpoznaniu sprawy czasu, sąsiad szkodę poniesie. Sankcją tego wezwania było wprowadzenie zagrożonego sąsiada dekretem władzy w posiadanie (jednak bez usunięcia dotychczasowego posiadacza budynku) (custodia) zagrażającego budynku, w którym mógł wówczas przedsięwziąć naprawki, a gdy właściciel dalej zwlekał ze złożeniem kaucji, pretor ostatecznie wprowadzał sąsiada w wyłączne posiadanie budynku, (missio in possessionem ex secundo decreto) które prowadziło do zasiedzenia, a stało pod ochroną pretora, również przeciw dotychczasowemu właścicielowi. Tak więc przed właścicielem stoi alternatywa cavere, złożyć cautionem lub carere, stracić posiadanie i de facto również własność. W dalszym rozwoju prawa rzymskiego, t. j. w epoce prawa klasycznego i justynjańskiego, rozszerzono tę instytucję również na wypadki vitium operis, wady robót, np. zbytniego pogłębiania gruntu, które grozi zawaleniem ściany sąsiada, oraz vitium loci.

Sankcją nie jest już missio in possessionem, lecz zakaz operis i odszkodowanie, nawet bez złożenia kaucji. Tak więc prawo rzymskie dochodzi do ustawowej odpowiedzialności właściciela za szkodę wyrządzoną przez przedmiot własności, bądź przez wykonanie prawa własności (pogłębianie gruntu), od której to odpowiedzialności właściciel mógł się uwolnić przez wyrzeczenie się danej nieruchomości, lecz konstruuje tę odpowiedzialność jako umowną (cautio) i nie idzie tak daleko, by uznać, że zaniedbanie naprawy domu, lub zbytnie pogłębianie gruntu są deliktami, a więc nie są wykonywaniem prawa własności. Jest to stanowisko połowiczne i nieszczere, wobec przyjętej w prawie rzymskiem zasady, że odpowiedzialność za szkodę może wyniknąć tylko z umowy lub deliktu.

Operis novi nuntiatio i interdictum quod vi aut clam,

przekraczają ramy prawa sąsiedzkiego, gdyż korzystać może z nich nietylko sąsiad, lecz najczęściej używane były w stosunkach sąsiedzkich. W myśl prawa pretorskiego, jeśli roboty (opus) prowadzone na gruncie własnym przez właściciela naruszają me ius prohibendi, wówczas przez pozasądowy protest na miejscu, wobec prowadzącego roboty, powstaje dla tegoż obowiązek zaprzestania dalszych robót.

Dalsze prowadzenie robót, naraża prowadzącego na interdictum demolitorium ze strony pretora. Od protestującego odbiera pretor przed wydaniem interdyktu iuramentum calumniae. Prawidłowy protest działa również przeciw nabywcy gruntu, na którym przedsięwzięto roboty, a więc działa in rem, a gaśnie po upływie roku. Prowadzący roboty może ubezskutecznić protest przez złożenie kaucji stypulacyjnej, t. j. przyrzeczenia, że usunie opus i wynagrodzi szkodę, gdyby w ciągu roku od protestu naruszył ius prohibendi protestującego i naruszenie to stwierdziło orzeczenie sądowe.

Interdykt quod vi aut clam, zmierzał (również) do usunięcia robót na gruncie cudzym dokonanych vi, t. j. wbrew zakazowi, lub clam, t. j. bez doniesienia o robotach temu, o którym przedsiębiorący je wiedział lub powinien był wiedzieć przy zwykłej staranności, że może roboty zakwestjonować. Zamiast usunięcia, można było żądać zapłaty quanti ea res erit. By uzyskać interdykt, wystarczyło wykazać interes prawny, nawet obligatoryjny, lub zgoła niemajątkowy. Interdykt zwraca się przeciw robotom już dokonanym, w ciągu roku po ich ukończeniu.

Prawo justynjańskie zatarło różnice między temi dwoma instytucjami.

Powyższy przegląd rzymskich przepisów prawa sąsiedzkiego pozwala ocenić, jak rzymskie prawo godziło ściśle indywidualistyczną konstrukcję prawa własności z wymaganiami spokojnego współżycia sąsiedzkiego. Obce zbytniemu teoretyzowaniu i doktrynerskim definicjom, nie widziało żadnego ograniczenia prawa własności w tem, że właściciel gruntu obowiązany jest znosić wszelkie odddziaływania, zachodzące z gruntu sąsiedzkiego, jeśli wynikały z naturalnego położenia gruntów. To dla rzymskiego prawnika rozumiało się samo przez się. Dlatego też actio aquae pluviae arcendae, zwraca się do właściciela wyżej położonego gruntu z zakazem, by żadnych kroków (opus) nie czynił, któreby naturalny odpływ wody zwiększyły ze szkodą gruntu niższego, a cautio

damni infecti. nie służy w prawie pretorskiem w stosunku do niebezpieczeństwa, wynikającego z przyrodzonych właściwości gruntu (vitium loci). Podobną bardzo myśl widać w wypadkach t. zw. immisyj: należy znosić oddziaływania z sąsiedniego gruntu, jeśli nie przekraczają zwyczajnej w danych stosunkach miary, np. dym z ogniska, lecz nie z serowni, ex foco non ex taberna casearia, wilgoć z łazienki sąsiada, lecz nie z łaźni publicznej (zakładu kąpielowego) ani z gnojówki (sterculinum). Ściśle indywidualistyczny charakter mają nawet same ograniczenia: przepisy graniczne dążą do izolacji sąsiadujących posiadłości, zarówno gruntów wiejskich (limes finis), jak i budynków (ambitus) przestrzenią, która zapobiega zetknięciu i rodzącym się stąd konfliktom. Moment wspólności sąsiedzkiej zaledwie jest zaznaczony tem, że w sporze granicznym (actio finium regundorum), gdy granica zatarła się w obrębie confinium, arbiter dzieli tę przestrzeń graniczną między obu sąsiadów tak, jak wspólną własność między współwłaścicieli, chociaż przestrzeń graniczna nie stanowi współwłasności sąsiadów, tylko służy im do komunikacji i nawrócenia z pługiem przy orce. Sąsiad sam ma pilnować swych praw i tylko na jego wniosek, następuje ochrona i sankcja państwowa, nawet silne są pozostałości pomocy własnej (operis novi nuntiatio). Lecz myśl, że wykonywanie swego prawa dla szykany jest niedopuszczalne, wyraża się w prawie pretorskiem wymogiem złożenia, t. zw. iuramentum calumniae. Ustawodawstwo justynjańskie silnie podkreśla w przepisach prawa sąsiedzkiego, dotyczących gospodarki wodnej, że czynności przedsięwzięte animo nocendi wobec sąsiada, a nie przynoszące żadnej korzyści właścicielowi, który je przedsiębierze, są prawnie niedozwolone. Do tych ustępów Digestów nawiązała glossa swe rozważania na temat zakazu szykany.

Rozdział II. Prawo zachodnioeuropejskie.

W przeciwstawieniu do rzymskiego pojęcia własności, średniowieczne ludy germańskie wykształciły zupełnie odmienne. Społeczeństwa germańskie nie wyszły jeszcze z epoki ustroju rodowego i gospodarka rolna miała charakter kolektywny. W obrębie Flurgemeinschaft czy Markgenossenschaft wydzielano wprawdzie poszczególnym członkom odrębne pola (Hufen) pod uprawę, jed-

nak pastwiska, lasy i miedze pozostawały we wspólnej gospodarce całej gromady [1].

Te stosunki gospodarcze odbiły się w równej mierze jak i system lenny na germańskiem pojęciu własności.

Własność germańska.

1. Wspomniano już wyżej o tem, że rzymska własność udziela nieograniczonej w zasadzie sfery wolności.

Wobec dualizmu prawa prywatnego z jednej a prawa publicznego z drugiej strony, ograniczenia prawa publicznego bezpośrednio dla prawa własności w grę nie wchodzą, a ograniczenia prawa sąsiedzkiego, zresztą nieliczne, odgrywają rolę nieuniknionych właśnie w interesie samej własności gruntowej wyjątków. Z chwilą zniknięcia ograniczeń własność wraca automatycznie do swej pierwotnej pełni (t. zw. elastyczność prawa własności w przeciwstawieniu do praw na rzeczy obcej). Własność germańska wogóle nie pretenduje do miana nieograniczonej. Wprost przeciwnie ograniczenia jej przez obowiązki ciążące na właścicielu na rzecz członków rodu (prawo bliższości, Einstandsrecht), gromady (Mark-Flurgenossenschaft) i jej członków [2], bądź na rzecz Kościoła, księcia czy króla, bezpośredniego zwierzchnika lennego, własnych wasali czy poddanych (leibeigen, hörig) chłopów ewent. co do posiadłości miejskich na rzecz miasta należą do jej treści. Dlatego też samej nazwy »ograniczeń prawa własności« nie da się zastosować w tem samem co dla rzymskiej własności znaczeniu. Obowiązki właściciela polegają nietylko na zaniechaniu lub znoszeniu pewnych czynności, lecz również na wykonaniu pewnych czynności (in faciendo consistunt).

Zawsze jednak w granicach powyższych własność ta jest stosunkowo najszerszą władzą prawną nad rzeczą i to ekskluzywną i chronioną skargami wobec postronnych.

Władza ta charakteryzuje się przedewszystkiem gospodarczem użytkowaniem danej rzeczy (rzymskie ius utendi), a uprawnienie zniszczenia rzeczy (ius abutendi) nie stanowi wykonania prawa własności przynajmniej na nieruchomościach.

2. Rzymskie prawo własności jest abstrakcyjne, jedno dla ru-

---

[1] Por. Heusler. Institutionen des deutschen Privatrechts t. II. 1886, str. 51/2.

[2] A. Heusler, tamże, str. 52/3.

chomości i nieruchomości, przyczem również sposoby nabycia, przeniesienia i utraty są dla obu gatunków rzeczy te same. Germańskie prawo ściśle odróżnia własność ruchomą (Fahrnis) od nieruchomej (Liegenschaft), które różnią się co do ochrony. Skarga windykacyjna odnośnie do ruchomości nie służy wobec trzeciego nabywcy w dobrej wierze, jeśli rzecz nabył od niewłaściciela, któremu właściciel swą rzecz powierzył. Istnieją specjalne sposoby nabycia, przeniesienia i utraty własności w stosunku do nieruchomości, które się nie stosują do rzeczy ruchomych.

3. Rzymska własność nie da się podzielić na uprawnienia różnej treści. Współwłasność rzymska jest podziałem uprawnienia na udziały jednorodzajowe o takiej samej treści wedle ułamków, wynikiem operacji prawie że arytmetycznej. Współwłasność ta zresztą również ma charakter wybitnie indywidualistyczny, skarga o podział wspólności (actio communi dividundo) służy każdemu ze współwłaścicieli każdego czasu bez ograniczeń.

Nadanie ziemi na prawie lennem i oparte na tem prawo wasala do gruntu przeciwstawiano początkowo własności (eigenlehen; proprietas, alod - beneficium, precarium, feudum). Jednak glossatorzy włoscy, komentując Digesta justynjańskie, z okoliczności, że superficiarius i emphyteuta korzystali z rei vindicatio utilis, wywnioskowali, że przysługuje im również i dominium utile (własność użytkowa) w przeciwstawieniu do dominium directum względnie eminens tego, który na swym gruncie emphyteuzę względnie prawo powierzchni ustanowił. Opinja ta rozpowszechniła się szybko i przyjęła powszechnie, choć była oparta na podwójnem nieporozumieniu. 1) Z istnienia prawa skargi wnioskowano na mater actionis, t. j. prawo podmiotowe, co dla prawa rzymskiego nie we wszystkich wypadkach jest dopuszczalne. 2) Nadto zaś słowo »utilis utiliter« oznaczające, że dany środek prawny przysługuje komuś mimo, że nie posiada odnośnego prawa podmiotowego, połączono z wyobrażeniami germańskiemi o »Gewer und Nutzen«, z okolicznością, że wasal pobiera użytki z gruntu, co dało początek t. zw. własności użytkowej i łączącej się z tem koncepcji własności podzielonej, która zarówno suwerena jak i wasala uznawała za właściciela tego samego gruntu. Do tego dołączyło się jeszcze w Anglji prawo królewskie ciążące na wszystkich gruntach z tytułu podboju kraju przez Wilhelma Zdobywcę. Odtąd własność gruntów należała tylko do króla, a na rzecz innych osób istnieć mogły tylko ograniczone

co do czasu trwania i treści prawa (estate). Na tem królewskiem prawie do ziemi oparły się nadania na prawie lennem i cały system feudalny w Anglji.

Na kontynencie, między innemi i w Polsce władza książęca uzurpowała sobie prawo rozporządzania ziemią i spotykamy nadania na prawie książęcem, jednak odnosiły się one tylko do ziemi dotąd nie wziętej pod uprawę[1], brakło bowiem momentu podboju[2].

Tak więc własność germańska dopuszcza podziału co do treści uprawnień, wolności i obowiązków w niej zawartych. Zarówno suweren feudalny nadający swemu lennikowi nieruchomość na prawie lennem jak i ten ostatni są właścicielami gruntu. Lennikowi nie służy tylko ograniczone prawo rzeczowe na obcej nieruchomości (ius in re aliena). Suweren ma własność zwierzchnią (dominium eminens), lennik własność użytkową (dominium utile). Własność jest między nich podzielona (dominium divisum) co do treści, gdyż wyłącznie lennikowi służy uprawnienie do pobierania pożytków z gruntu, a zwierzchnik od bezpośredniego pobierania pożytków jest wykluczony, a więc prawa i obowiązki powstające z podziału własności są tu różnej treści.

Również w dziedzinie współwłasności zna prawo germańskie instytucję, którą późniejsi nazwali dominium plurium in solidum, względnie zbliżoną do niej własność łączną związku i jego członków (Genossenschaftseigentum) zupełnie odmienną od ściśle indywidualistycznej i każdej chwili rozerwalnej współwłasności rzymskiej.

4. Wiadomo, że Rzymianie uznawali prawo własności tylko na rzeczach zmysłowych (res corporales). Wedle praw germańskich własność istnieć może również na rzeczach niematerjalnych np. prawach rzeczowych czy obligacyjnych np. pobierania dziesięciny czy innych świadczeń[3].

5. Zakres w przestrzeni. W prawie rzymskiem obejmuje wolność i jej ochrona (stanowiące razem »prawo« własności) rzeczy ruchome w całości aż po fizyczne ich granice. Co do nieruchomości rzecz przedstawia się w zasadzie tak samo. Własność rzymska obejmuje całe podziemie w głąb. Regale górniczego prawo rzymskie nie zna. W obręb własności wchodzi jak wspomniano

---

[1] S. Kutrzeba. Historja ustroju Polski w zarysie t. I. Korona str. 10.

[2] Przemysław Dąbkowski. Prawo prywatne polskie t. II. 1911 str. 135/8.

[3] Heusler. Institutionen t. I. str. 330, 336 i nast.

cały przyrost naturalny gruntu, wszystkie budowle, a nadto słup powietrza (coelum) wznoszący się nad nim.

Natomiast wedle praw germańskich własność obejmuje nieruchomości w głąb wprawdzie bez określonych granic w przestrzeni lub w treści uprawnień, lecz bez minerałów zastrzeżonych monarsze przez t. zw. regale górnicze.

6. Rzymska własność pojęciowo jest wieczna [1] i przechodzi na dziedziców właściciela z ustawy, może wprawdzie zgasnąć z przyczyn różnych, bądź zawisłych od woli właściciela, bądź nie, lecz nie znosi zgóry istniejącego ograniczenia terminem, do którego trwać będzie. Wedle pojęć germańskich własność może być zgóry ograniczona terminem lub warunkiem rozwiązującym. Nawet wprost przeciwnie przeniesienie własności w prawie angielskiem przez długi czas rozumiało się tylko na czas życia nabywającego nieruchomość nawet mimo użytego w pisemnym akcie zwrotu »na zawsze« (for ever), więc nie przechodziło na dziedziców nabywcy. Było to jednym z powodów istniejącej do niedawna w prawie angielskiem różnicy przewodu i prawa spadkowego dla nieruchomości z jednej a dla ruchomości z drugiej strony. Dlatego też zródła niemieckie mówią o »eigen und erbe« [2].

7. Charakterystycznym dla rzymskiej własności jest podział praw rzeczowych na nieograniczoną własność i ograniczone prawa rzeczowe na rzeczy cudzej (iura in re aliena), a więc zasadnicza między niemi różnica (nemini res sua servit). Prawo germańskie stawia wszystkie prawa rzeczowe na jednym poziomie a własność jest tylko stosunkowo najszerszem z nich uprawnieniem [3], które z jednej strony nie wyklucza hipoteki właściciela ani służebności właściciela na własnym gruncie, ani też nie czyni rzeczy dla innych, którzy na niej mają ograniczone prawo, np. lenno — rzeczą dla nich cudzą (res aliena).

8. Proprietas rzymska jest prawem ściśle prywatnem. Moment władzy terytorjalnej (imperium) zupełnie w treść własności gruntowej nie wchodzi. Podział na prawo prywatne, stawiające obywateli i peregrynów cum commercio na równym poziomie

---

[1] St. Wróblewski. Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe str. 3/4.

[2] Gierke O. Deutsches Privatrecht t. II. str. 350, uw. 7.

[3] Andreas Heusler. Institutionen des Deutschen Privatrechts, t. II. 1886, str. 18.

i mające na celu singulorum utilitatem, i na prawo publiczne, traktujące jednostkę jako podmiot względnie przedmiot władzy państwowej i zmierzające ad statum rei Romanae — był ścisły i zupełny. W prawie germańskiem własność aż do końca średniowiecza uchodzi za władzę nad gruntem zarówno prywatnoprawną jak i publicznoprawną. Pochodzi to stąd, że średniowieczne prawo germańskie nie dzieli przepisów prawnych i wypływających z nich uprawnień, roszczeń, wolności i obowiązków na dwa działy publiczny i prywatny, lecz całe prawo stawia na jednym poziomie i uważa za jednolitą całość, a nawet publiczne stosunki prawne konstruuje chętnie w sposób prywatnoprawny (umowny).

9. Wedle pojęć rzymskich własność jest tylko prawem osoby odnośnie do danej rzeczy. Żadne obowiązki w skład prawa własności pojęciowo nie wchodzą. Istniejące w prawie rzymskiem ograniczenia prawa własności oparte są na innym tytule, nie na własności. Obowiązki zaś czynienia czegoś wogóle nie mogły być odpowiednikami praw rzeczowych a tylko zobowiązań. Germańska własność nie jest wyłącznie »prawem« lecz kompleksem »praw« i obowiązków. W treść własności wchodzą integralnie również obowiązki i to wobec różnych osób i związków (por. p. 1), obowiązki zarówno zaniechania pewnych czynności, znoszenia wkroczeń i oddziaływań z ich strony jak też i wykonywanie świadczeń na ich rzecz.

Przeglądnijmy teraz pobieżnie przepisy prawa sąsiedzkiego w krajach prawa germańskiego, poczem wypadnie zestawić je konstrukcyjnie z powyżej naszkicowanem pojęciem germańskiej własności.

Zakaz szykany.

Już glossatorzy na podstawie zawartych w justynjańskiem prawie wodnem ustępów podkreślających animum nocendi głosili zasadę, że w stosunkach sąsiedzkich należy przyjąć domniemanie zamiaru wyrządzenia szkody sąsiadowi w każdym wypadku wykonywania prawa podmiotowego, a to dlatego, iż »vicinus vicino lupus«! [1].

Zakaz szykany utrzymał się w teorji prawa powszechnego

[1] St. Wróblewski. Zarys wykładu prawa rzymskiego t. I. nr 159 str. 441.

i znalazł dosadny wyraz ustawodawczy w pruskiem prawie krajowem ALR z r. 1794 cz. I. tyt. VIII., o własności § 26, 27 i 28.

§ 26. ALR I. 8. Wykonywanie prawa własności jest dozwolone i prawne, jeśli nic nie narusza (gekränkt) nabytych praw innej osoby, ani nie przekracza granic (Schranken) zakreślonych ustawami państwowemi.

§ 27. Nikomu nie wolno nadużywać swego prawa własności dla wyrządzenia przykrości lub szkody drugim.

§ 28. Nadużyciem jest taki użytek prawa własności, który wedle swej natury może mieć na celu tylko wyrządzenie przykrości (Krankung) drugiemu.

Ta sama myśl wyraża się nietylko w powyższym zakazie lecz również w pozytywnym nakazie znoszenia takich wkroczeń sąsiada w sferę własności, które właścicielowi żadnej nie wyrządzają szkody a konieczne są dla sąsiadów (ALR. I. 22. 9 i kodeks cyw. dla zach. Galicji z 13. II. 1797 § 255, któryto przepis kończy się znamienną uwagą: Ustawa nie popiera zawiści ani zadowolenia z cudzej szkody (Schadenfreude). Pruskie prawo krajowe zawiera bardzo wiele dawnych pierwiastków germańskich i dlatego w tym związku musi być uwzględnione.

Oddziaływania.

Liczne zakazy oddziaływań na nieruchomość sąsiednią dotyczą zarówno bezpośrednich wkroczeń, (których zakaz wynikał już z wyłącznej natury Gewere, obejmującej grunt cały wraz z podziemiem jednak bez minerałów[1] i ze słupem powietrza nad powierzchnią) jak i oddziaływań pośrednich szkodliwych dla przedmiotu własności, nadto nawet oddziaływań przykrych tylko dla osoby właściciela, lecz nie wyrządzających szkody rzeczy samej. Przepisy zakazujące lub ograniczające prawo właściciela urządzania okien, z którychby patrzeć można na grunt sąsiada nasuwają wprost podejrzenie, że samo spojrzenie sąsiada na mą własność uchodzi za niedozwolone oddziaływanie. W każdym razie w przepisach tych widać dążenia ściśle indywidualistyczne do zupełnie hermetycznego odcięcia się od otoczenia i coś jakby odblask ponurej zasady glossatorów »vicinus vicino lupus«, gdyż nawet spojrzenie sąsiada jest przykre.

[1] C. Voelkel. Grundzüge des preussischen Bergrechts, 2 wyd. 1924, str. 16.

Oddziaływaniem wychodzącym od rzemiosł hałaśliwych, lub wytwarzających dym, sadzę i t. p. zapobiegano w miastach średniowiecznych tem, że rzemieślnicy danego cechu zamieszkiwali wyłącznie pewną określoną ulicę lub dzielnicę miasta i tam swe zajęcie wykonywali. Innym oddziaływaniom pośrednim starano się przeciwdziałać, przepisując dla urządzeń szczególnie uciążliwych sąsiadom ściśle określone oddalenie od granicy sąsiedniego gruntu lub budynku. Spośród przepisów, dotyczących oddziaływań na grunt sąsiedni, przykładowo wyliczyć należy art. 49, ks. II Zwierciadła saskiego, zawierający zakaz skierowania ścieku rynny na podwórze sąsiada, art. 50, ks. II Zwierciadła saskiego, nakazujący gałęzie żywopłotu skierować na swoje obejście, art. 51, który ustanawia obowiązek pilnowania własnych pieców, by iskry lub płomienie nie przeszły na dom lub obejście sąsiada. Podobnie pruskie prawo krajowie, w § 189 (I, tyt. 8), zakazuje skierowania ścieku rynny z dachu na grunt sąsiedni i przeprowadzenia ścieku tego przezeń.

Odległości ustawowe.

Odległość 3 stóp od płotu (Zaun) przy stawianiu pieców piekarskich, kloak i chlewów, poleca zachować art. 51, ks. II Zwierciadła saskiego. Podobny przepis zawiera art. 122 saskiego prawa miejskiego (Sachsisches Weichbild). W zbiorze paryskiego prawa zwyczajowego z r. 1510 (Coutume de Paris), którego germański charakter nie ulega kwestji[1], art. 190 każe zachować przy budowie kuźni (forge), pieca (four), lub ogniska (fourneau), przy murze wspólnym (mur mitoyen) odległość $1/_2$ stopy i czyni budowę zależną od tego, by ten mur miał conajmniej 1 stopę grubości.

W pruskiem prawie krajowem, cz. I, tyt. VIII, § 125, powtarza się wymóg odległości 3 stóp dla chlewów, kloak i dołów na nawóz, zawarty w Zwierciadle saskiem z tą zmianą, że odległość ta liczy się od sąsiednich budynków, murów lub stodół, a nawet i drzew (§ 127). Urządzenia te mają mieć dno murowane (§ 126). Ścieki (Rinnen) i kanały dla odprowadzenia wody miały być w myśl § 128 odległe na 1 stopę od ściany sąsiada. Dla kopania studni obowiązywała odległość 3 stóp od granicy (§ 131).

---

[1] Planiol, t. I, nr 35.

Okna i widok.

Bardzo szczegółowe przepisy o oknach i widoku na grunt sąsiada, znajdujemy w prawie zwyczajowem paryskiem (Coutume de Paris), zredagowanem w r. 1510 a zreformowanem w r. 1580, na którem widać silny wpływ prawa i urządzeń germańskich [1]. Art. 199 dozwala wybijania jakichkolwiek okien czy otworów dla widoku w murze wspólnym, tylko za obopólną zgodą sąsiadów, a wedle art. 200, nawet we własnym murze, bezpośrednio przytykającym do cudzej posiadłości, wolno mieć okna tylko zakratowane i z nieruchomem oszkleniem (à fer maillé et verre dormant) i to na wysokości najmniej 9 stóp nad podłogą (rez-de-chaussée), na parterze i pierwszem piętrze, a 7 stóp na wyższych piętrach. Tak jakby mało było jeszcze tych ograniczeń art. 201 wyraźnie podkreśla, że otwory w kratach mają mieć najwyżej 4 cale (pouces) szerokości w każdym kierunku, a nieruchome oszklenie winno być przymocowane, zalane gipsem (scellé en plâtre) tak, by go nie można otwierać! Jeśli zaś sąsiadowi przyjdzie ochota urządzić okno z widokiem na dziedzinę sąsiada, nie w murze tuż na granicy położonym, wówczas musi, w myśl art. 202, zachować odległość 6 stóp od granicy, jeśli widok jest wprost skierowany, a 2 stóp, gdy ukośnie zwraca się ku posiadłości sąsiedniej.

Podobne, choć nieco łagodniejsze przepisy pruskiego prawa krajowego I, 8, §§ 137—147, obowiązujące podziśdzień w Prusiech, poznamy przy szczegółowem omówieniu w dziale IV, rozdział 5.

Odstęp 3 stóp od parkanu, muru lub płotu sąsiada, zachować należy w myśl § 185 pr. pr. kr. (I, 8) przy podwyższaniu swego gruntu a przy obniżaniu poziomu należy pozostawić wał powyższej szerokości od strony ogrodzenia (Verzäunung) sąsiedniego gruntu (§ 187, I, 8). Pod gruntem sąsiada oczywiście wogóle kopać nie wolno (§ 132, I, 8).

Znaki graniczne.

Przy sadzeniu drzew granicznych (Malbäume) i kamiennych znaków granicznych wymaga art. 50 Zwierciadła saskiego obecności sąsiadów, a karę za uszkodzenie znaków granicznych prze-

---

[1] Planiol, t. I, nr 35.

widuje art. 28, § 2, ks. II. Z właściwą sobie wielomównością i kazuistyką drobiazgową normuje pr. pr. kr., w §§ 362—388, cz. I., tyt. 17, dział 5, rozgraniczenie gruntów, stawiając w § 385 również wymóg obecności wszystkich sąsiadów pogranicznych przy ustalania granicy.

Ogrodzenie.

Obowiązek ogrodzenia swego obejścia nakłada art. 49, § 2, ks. I Zwierciadła saskiego, celem zapobieżenia ewentualnej szkodzie sąsiada przez przejście bydła. W dalszym rozwoju jednak, w miarę, jak prawo polowania stało się monopolem szlachty, obowiązek ogrodzenia swych posiadłości zmienił się w zakaz, odnośnie do gospodarstw chłopskich. Dopiero we Francji rewolucyjny dekret z 28. IX. 1791, tyt. I, sekcja 4, art. 4 podnosząc, że prawo ogrodzenia swych dziedzin i usunięcia tegoż ogrodzenia (le droit de clore et de déclore ses héritages), wynika z istoty prawa własności, zniósł wszelkie ustawy i zwyczaje, sprzeczne z tem prawem. Brak ogrodzeń gruntów wiejskich pozostawał również w związku z prawem wspólnego pastwiska, t. j. prawem członków gromady wypasania na ścierniskach pańskich i pastwiskach wspólnych, przeniesionem na stosunki poddańcze z ustroju Markgenossenschaft, gdzie każdy z członków osady miał prawo na ugorach, należących do danej wsi wypasać swe bydło i na ścierniskach od żniw, aż po jesienne zasiewy. Jeszcze pr. pr. kr., głosząc wprawdzie zasadniczo prawo właściciela odgrodzenia swych gruntów od gruntów sąsiada (I, 8, § 149), zabrania ogrodzenia pól, gdyby się sprzeciwiało prawu wspólnego pastwiska (Koppelweide), lub innym służebnościom (I, 8, d. 151). Odnośnie do gruntów miejskich i ogrodów, wprowadza obowiązkowe ogrodzenie ich płotem po prawej ręce od głównego wejścia, przyczem szczegółowo normuje wysokość, a na przyszłość zaleca(!) urządzenie żywopłotów w miejsce drewnianych ogrodzeń (I, 8. 149—184).

Współwłasność urządzeń granicznych.

Ważną i ciekawą instytucję, dotyczącą granic, wprowadziło prawo germańskie. Jest nią ustawowa współwłasność urządzeń granicznych, a więc zarówno miedz, jak i wszelkiego rodzaju ogrodzeń, od parkanów poprzez płoty, do murów granicznych. Prawo stawia domniemanie współwłasności urządzeń granicznych i wy-

mienia znaki, które wskazują na wyłączną własność jednego z sąsiadów. W zwyczajach paryskich (Coutume de Paris) spotykamy w art. 211, domniemanie wspólności (mitoyenneté) murów dzielących podwórza i ogrody, a art. 214 wymienia oznaki wyłącznej własności. Obaj sąsiedzi obowiązani byli przyczyniać się wspólnie do utrzymania takiego muru (art. 205). Sąsiad na wsi (nie w mieście i przedmieściach) mógł się uwolnić od ponoszenia kosztów utrzymania i naprawy muru wspólnego, zrzekając się wspólności (deguerpissement). Odwrotnie sąsiad, którego grunt przytykał do muru, będącego wyłączną własnością drugiego sąsiada, mógł za zapłatą połowy wartości muru i połowy wartości kawałka gruntu, stanowiącego jego podstawę, nabyć przymusowo wspólność muru, gdy chciał budowę swą oprzeć na tym murze (art. 194). Każdy z sąsiadów współwłaścicieli muru mógł bez zgody drugiego podwyższyć mur wspólny własnym kosztem (art. 195). Używanie muru służyło sąsiadom w zasadzie do połowy grubości (art. 208).

Inaczej urządza sprawę wspólności urządzeń granicznych pr. pr. kr. Domniemanie wspólności istnieje dla miedz między polami (I, 8, § 118) i dla skrawków gruntu (Winkel) między budynkami (I, 120). Dla murów brak domniemania wspólności, a ustawa urządza tylko zakres używania każdego z sąsiadów współwłaścicieli (I, 8, 133—136) i stanowi wspólny obowiązek utrzymania ogrodzeń zawsze, gdy nie można dowieść wyłącznej własności jednego z sąsiadów (I, 8, § 168).

Drzewo wystające na granicy uchodziło wprost za współwłasność sąsiadów (A. L. R., I, 9, § 286).

Droga konieczna.

Równie ciekawą i ważną instytucją germańskiego prawa sąsiedzkiego jest droga konieczna. Już Zwierciadło saskie (ks. I, art. 47, § 5), dozwala przechodu i przejazdu przez grunty niezajęte pod uprawę, nawet łąki, byle nieogrodzone, a to bez odszkodowania, glossa zaś dodaje uzasadnienie, że każda wieś winna drugiej wsi dozwolić przechodu i przejazdu. Widać w tem wyraźny odblask ustroju, t. zw. Markgenossenschaft gromady, do której należały wszystkie grunty danej wsi, choćby nawet wydzielone poszczególnym jej członkom do uprawy na własny użytek. Mimo to jednak, na zewnątrz występowała gromada jako całość i mogła w procesie z sąsiednią wsią stracić część gruntów, przez co gasły

równocześnie prawa członków gromady, którym uprzednio wydzielono stracone obecnie grunty, i którzy z nich ciągnęli użytki, jako właściciele [1].

Podobnie i tutaj wieś jako całość obowiązana jest wobec sąsiednich wsi do znoszenia przechodu i przejazdu. Również i na wewnątrz, w obrębie danej gromady, członkowie wzajemnie wobec siebie mają te same obowiązki, ujęte w staroniemieckiej zasadzie: Przednia posiadłość ma dać tylnej drogę i kładkę, by ów właściciel mógł w stosownych porach przejechać [2].

Wynika to ze wspólnej gospodarki całej osady (przymus łanowy Flurzwang), szczególnie po wprowadzeniu trójpolówki wraz z płodozmianem. Każdy z członków osady miał obowiązek dozwolić innym przejazdu przez swe pole, dla zwiezienia plonu w żniwa (nawet wedle dawnych świadectw, na wycięcie w tym celu drogi przez zboże lub trawę) [3] i dowozu drzewa w zimie (Winterweg) [4] oraz w innych wypadkach koniecznych, np. t. zw. Leichenweg [5], wszystko to wówczas, jeśli sąsiad nie miał innego dojazdu.

Inne prawa wstępu na grunt.

Z pokrewnych przepisów, uprawniających właściciela do wkroczenia na cudzy grunt sąsiedni, wspomnieć trzeba t. zw. Pflugwende lub Tretrecht (Kehr-Pflugrecht), t. j. o uprawnieniu sąsiada do wstąpienia na mój grunt, by odwrócić swój pług [6]. czego prawo rzymskie unikało wprowadzając szerokie miedze. Hammerschlags — lub Leiterrecht (franc. tour d'échelle), zobowiązywało właściciela do znoszenia wkroczeń sąsiada na grunt, celem przedsięwzięcia stamtąd naprawek lub odbudowania swych budynków, płotów i t. d. i dawało odnośne uprawnienie sąsiadowi, rozciągające się również

---

[1] Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, II Bd., Leipzig 1886, str. 51/2.

[2] Das vordere Gut, soll dem hinteren Weg und Steg geben, auf dass jener Eigentümer mit seiner Habe von dannen kommen mag zu ziemlichen Zeiten, cyt. Fr. Endemann. Notweg und öffentlicher Weg, Festschrift für Otto Gierke, str. 592.

[3] Grimm. Weisth III, 653, § 53.

[4] Drzewo zrąbane wolno było składać na cudzym gruncie aż po dni 8 po dniu św. Jörga (Grimm. Weisth III, 654, § 60.

[5] Grimm. Weisth III, 135, § 13.

[6] A. Heusler. Institutionen, II Bd., str. 53. A. Randa. Eigentumsrecht, Bd. I, str. 103.

na ustawienie rusztowania, drabin i t. p. Pr. pr. kr. zacieśniło to ostatnie uprawnienie tylko do wypadków budowy i naprawek płotu (Planke) (I, 8, § 155), a nie zna wogóle prawa wstępu na grunt sąsiedni dla odwrócenia pługa a tylko same miedze nazywa »Pflugrechte« (Raine oder sogenannte Pflugrechte«, I, 8, § 118). Miedze te, rzecz charakterystyczna, mają być szersze między osadami (Mark), a wśród pól w obrębie osady mogą być węższe.

T. zw. Überhang.

Prawo germańskie odmiennie urządziło sprawę gałęzi zwisających na grunt sąsiada, niż prawo rzymskie. Zwierciadło saskie (ks. I, art. 52) uprawnia właściciela gruntu, na który przerastają gałęzie chmielu przez płot (Zaun), by pociągnął za taką gałąź. Ile urwie, tyle staje się jego własnością, a nadto ogólnie zakazuje, by gałęzie drzew nie zwieszały się poza płot (Zaun) na szkodę sąsiada. Zwyczajowo rozwinęło się uprawnienie właściciela gruntu do zerwania przewieszających gałęzi i wycięcia wrastających korzeni (przyczem ścięte gałęzie i korzenie przechodziły na własność ścinającego je sąsiada), bądź też do zawłaszczenia owoców, spadłych z nich na grunt tegoż, a nawet niekiedy zrywania owoców, wiszących jeszcze na gałęziach. Wynikało to z ekskluzywności przestrzennej germańskiej Gewere i z zasady, wyrażonej w przysłowiu prawnem: Kto znosi złe strony, korzysta też z dobrych [1].

Prawo ścięcia gałęzi przewieszających się zwano Überhangsrecht, prawo zawłaszczania owoców Überfallsrecht, Abriss lub Anries. Pr. pr. kr. w §§ 285—297, cz. I. tyt. 9, zachowuje w pełni obie instytucje, wprowadzając jedynie obowiązek wydania ściętych gałęzi właścicielowi drzewa (§ 288), a co do owoców drobiazgowo podkreśla, że właścicielowi drzewa nie wolno zrywać owoców z przewieszających się nad sąsiednim gruntem gałęzi inaczej jak ręką ani odginać w tym celu gałęzi a to tylko ze swego gruntu, bez wkroczenia na grunt sąsiada (§ 290).

W Polsce niewiele znajdujemy przepisów sąsiedzkich. Wedle ustawy Kazimierza Wielkiego, właściciel lasu, przez który przechodziła droga do lasu cudzego, musiał zebrać albo popaść żołędzie

[1] Wer den bösen Tropfen geniesst, geniesst auch den guten. Grimm. Weisth. III, 106, 133.

po obu stronach drogi na szerokość 3 łokci. Wedle statutu Goryńskiego, musiał właściciel, chcący przeprowadzić we własnym stawie lub rzece pewne zmiany, np. wybudować młyn, groblę, spiętrzyć wodę — baczyć, by woda nie wyrządziła szkody sąsiadom, zalewając ich grunty (statut Goryńskiego, St. I. lit. VIII, 11). Sąsiad poszkodowany mógł, wedle II statutu litewskiego, sam wezwawszy woźnego i 2 szlachty, usunąć te urządzenia, a nadto domagać się odszkodowania (St. II. lit. IX, 12). Dopiero III statut litewski zniósł tę samopomoc, a poszkodowany musiał wezwać sąsiada listem upominalnym, by urządzenia szkodliwe usunął, a gdy to nie pomogło, musiał zwrócić się do sądu (St. III. lit. IX, 21) [1].

Ustawa z r. 1768 zabroniła po wybudowaniu kanału Ogińskiego właścicielom przyległych gruntów kopać rowów i wpuszczać ich do kanału, bez zezwolenia »dziedzica« kanału, chociażby rowy mieli kopać na własnych gruntach. Istniał również obowiązek uchronienia sąsiada od szkody, mogącej powstać od zaciemnienia jego gruntu przez gałęzie przerastające granicę. Widać więc, że w Polsce, w przeciwieństwie do krajów germańskich, zagadnienia prawa sąsiedzkiego prawie że nie odgrywały roli w ustawodawstwie.

Z powyższego, niezupełnego zresztą i pobieżnego przeglądu widać, że również w zakresie prawa sąsiedzkiego własność germańska wykazuje sporą liczbę ograniczeń. Część ich odzwierciedla jeszcze nieprzezwyciężone formy pierwotnej wspólnej własności ziemi (Markgenossenschaft) (Winterweg, Holzlass, Pflugwenderecht), inne zaś tworzą i urządzają stosunek sąsiedzki na zasadzie wspólności (współwłasność urządzeń granicznych, t. j. miedz i ogrodzeń i drzew na granicy), lub zezwalają na wkroczenia na grunt sąsiedni (Hammerschlags-Leiterrecht).

Przez przepisy te przewijają się 2 tendencje niezgodne: 1) dążenie do współżycia sąsiedzkiego i to nietylko negatywne, do zapobiegania sporom sąsiedzkim jak w prawie rzymskiem, lecz również pozytywne, do wytworzenia wspólnych sąsiadom urządzeń i wspólnych obejmujących ich całości (związków) (Markgenossenschaft, cechy); 2) indywidualistyczna dążność do izolacji, ścisłego odcięcia się od oddziaływań ze strony sąsiada, przeprowadzona nawet dalej niż w prawie rzymskiem, gdyż aż do usunięcia, względnie ograniczenia spojrzeń z gruntu sąsiedniego.

---

[1] Przemysław Dąbkowski, Prawo prywatne polskie, t. II, 1911, str. 142.

Pierwszy z tych celów legislacyjnych widzimy w przepisach o wspólności miedz, ogrodzeń i drzew granicznych, Hammerschlags-Leiterrecht, Pflugwenderecht, prawach drogowych (Winterweg i in.) Überfallsrecht i w zakazie szykany.

Drugi zaś niemniej silnie zaznacza się w przepisach o obowiązkowem ogrodzeniu gruntów, o odstępach ustawowych od granicy lub budynków sąsiada przy budowie różnych urządzeń, o ograniczeniu okien i widoku, o dozwolonej samopomocy co do przewieszających się gałęzi i korzeni, oraz o jednostronnem uprawnieniu do podwyższenia wspólnego muru granicznego.

Tyle co do t. zw. ducha tych przepisów.

Porównując ich treść z naszkicowanem powyżej germańskiem pojęciem własności przekonać się łatwo, że germańskie prawo sąsiedzkie stanowi jeden z działów, t. zw. ograniczeń prawa własności (p. I str.), przyczem znaczna ich część miała podstawę nie w bezpośredniem sąsiedztwie gruntów, lecz w przynależności obu właścicieli do związku gromady (Markgenossenschaft), z którego dopiero wtórnie, przez przydział łanów, wynikało sąsiedztwo gruntów. Ograniczenia te mają całkiem inny sens niż w prawie rzymskiem, gdyż własność germańska nawet pojęciowo nie jest prawem nieograniczonem, ani nie jest tylko sferą prawnie chronionej wolności, lecz już w samem jej pojęciu mieści się ograniczony zakres wolności i uprawnień, które daje i zawarte są pewne obowiązki, takie nawet quae in faciendo consistunt. Dla naszego tematu podkreślić należy obowiązkowe ogrodzenia w miastach i na wsi, a więc obowiązek wchodzący w skład własności. Spoza prawa sąsiedzkiego, wspomnieć wypada o obowiązku właściciela utrzymania budynków w stanie zdatnym do zamieszkania (im baulichen Zustande) (A. L. R., I, 8, § 33 - 60) i co najważniejsze, obowiązek właścicieli gruntów ornych uprawiania roli swej, dla poparcia powszechnej potrzeby (zur Unterstützung der gemeinen Notdurft A. L. R., I, 8, § 34 i II, 7, § 8 i 9). Jakże daleko stąd do rzymskiego ius abutendi.

Oczywiście wchodzą w germańskie pojęcia własności również i obowiązki zaniechania pewnych czynności przez właściciela (zakazy immisyj wszelkiego rodzaju, przepisy o odległościach, czyli t. zw. ius interstitii, o oknach i widoku), oraz obowiązki znoszenia pewnych oddziaływań ze strony sąsiada (dozwolone immisje, droga konieczna i inne prawa drogowe, Hammerschlags i Leiterrecht).

Otóż te dwie ostatnie grupy przepisów prawa sąsiedzkiego w związku z innemi przepisami, raczej natury publicznej z zakresu prawa wodnego, doprowadziły prawników epoki nowożytnej, pod wpływem recepcji prawa rzymskiego, wraz z zawartemi w niem pojęciami rzymskiej własności i służebności rzymskich, do koncepcji służebności ustawowych (Legalservituten, servitudes établies par la loi, art. 639, 649 C. c.), która znalazła przyjęcie w systemie kodeksu napoleońskiego. Tem samem teorja prawa pospolitego i juryści francuscy stanęli na stanowisku, że odnośne instytucje prawa sąsiedzkiego są służebnościami, o tyle jednak różnemi od rzymskich, że ustanowionemi wprost przez ustawę, z której wynikają odnośne uprawnienia i obowiązki. Pogląd ten, oparty jedynie na słabej analogji skutków prawnych, nie mógł jednak objąć wypadków, gdy ustawa nakładała na właściciela jako takiego, obowiązek wykonania pewnych czynności, wobec rzymskiej zasady: servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut patiatur vel non faciat (D. 8, 1, 15, 1). Wypadało więc takie obowiązki pozytywnych świadczeń uznać za obligatoryjne, co znów sprzeciwiało się germańskim poglądom na własność.

Mimo to teoretycy francuscy np. Pothier [1], uznawali obowiązki wynikające ze stosunku sąsiedztwa jako quasi ex contractu, a więc za obligacje, co, również rzecz dziwna, znalazło wyraz, choć słaby w kodeksie napoleońskim w art. 1370 C. c., traktującym o zobowiązaniach powstających bez umowy (des engagements qui se forment sans convention). Zalicza bowiem do nich również zobowiązania między sąsiednimi właścicielami, jako powstające wprost z ustawy, lecz przeciwstawia je quasi kontraktowym, gdyż te wynikają z czynu osobistego tego, kto staje się zobowiązanym.

Rozdział III. Czasy nowsze.

Przeciw skrępowanej zupełnie własności germańskiej i ustrojowi, na tych ograniczeniach polegającemu, wystąpili z zaciętą krytyką teoretycy t. zw. prawa natury, którzy począwszy od Hobbesa przez Locke'a, Hume'a aż po Wolffa, Rousseau'a i Kanta, głosili prawa przyrodzone jednostki ludzkiej, jej wolność naturalną, a spo-

[1] Edit. Bugnet, t. IV, str. 328.

łeczeństwo i władzę państwową wywodzili z t. zw. umowy społecznej między jednostkami, prawu zaś przeznaczali jako zadanie ochronę życia, wolności i mienia jednostki. Stąd oczywiście wszelkie ograniczenia prawa własności mogłyby mieć uzasadnienie tylko o tyle, o ile służyły do osiągnięcia powyższego celu. Liczba i rozmiar ograniczeń tych musiały więc zmniejszyć się do przepisów zupełnie niezbędnych. Prąd liberalistyczny, niechętny wogóle wkroczeniom państwowych organów w stosunki wzajemne obywateli, oddawał uregulowanie stosunków między nimi w ich własne ręce.

Dlatego też rewolucja francuska, która szła w bój z hasłami »prawa natury« na ustach, w słynnej Deklaracji praw człowieka i obywatela z 3. IX. 1791, uznała prawo własności za nienaruszalne i uświęcone (inviolable et sacré, art. 17) i zniosła wszelkie ograniczenia własności, pochodzące z ustroju feudalnego. Dla prawa sąsiedzkiego ważny jest dekret z 28. IX. 1791, znoszący w tyt. I. rozdział (section) 4, art. 4, zakazy ogrodzenia gruntów włościańskich, wynikające z prawa polowania po nich, służącego szlachcie.

Zwycięstwo liberalizmu i doktryn prawa natury, silnie zaznacza się w przepisach kodeksu Napoleona i austrjackiego kodeksu cywilnego z r. 1811 dotyczących własności.

Następstwem stanowiska, wysuwającego na plan pierwszy jednostkę i jej prawa do wolności i równości, było indywidualistyczne ujęcie własności, wyłącznie jako sfery wolności i to wolności w zasadzie nieograniczonej.

Art. 544 kod. Nap. przyznaje prawu korzystania (jouir) i rozporządzenia (disposer) rzeczą, będącą przedmiotem własności, charakter najbardziej absolutny (la maniére la plus absolue). wznawia więc zasadniczą nieograniczoność prawa własności.

Wyjątki od tej zasady przewidziane są tylko ze względów dobra publicznego w ustawach i rozporządzeniach (règlements), (art. 544 in fine) i z uwagi na stosunek sąsiedzki (art. 540—685). Wywłaszczenie dopuszcza kod. Nap. tylko dla dobra publicznego i za słusznem i uprzedniem odszkodowaniem (art. 545 C c.).

Na treść austr. kod. cyw. dominujący wpływ wywarła doktryna prawa natury w postaci nadanej jej przez filozofję Kanta (Metaphysik der Sitten). Główny redaktor austr. kodeksu Zeiller, gorący zwolennik nauki mędrca królewieckiego, sam autor dzieła p. t. »Natürliches Privatrecht« (1802), ukształtował kodeks ten po myśli ideałów przyrodzonej wolności jednostki (§§ 16, 17, 317,

381, 1459 ABGB), jako wrodzonego jej prawa niepozbywalnego i nieulegającego przedawnieniu (§ 1459 ABGB), przyczem nawet samą naukę prawa natury uznał w § 7 ABGB za posiłkowe źródło interpretacji ustawy.

Pojęcie własności, sformułowane poprawniej (§ 354 austr. u. c.), zawiera »uprawnienie« (Recht) rozporządzania substancją i pożytkami danej rzeczy dowolnie (nach Willkür), uprawnienie wykluczenia wszystkich innych osób.

Ograniczenia tych uprawnień, a raczej, jak się kodeks austr., idąc w ślad za doktryną współczesną wyraża, ograniczenia wykonania prawa własności (podobnie art. 544 C. c., pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements), istnieją tylko ze względu na prawa osób trzecich, lub ze względu na dobro publiczne (§ 364, austr. u. c.).

Mimo że, jak powyżej widać, rzymskie pojęcie własności w obu kodeksach, tak Napoleona jak i austrjackim, odżyło w swej zasadniczo nieograniczonej pełni, ustawy te zachowały wiele pierwiastków germańskich. Przedewszystkiem zaznacza się głęboka różnica między ruchomościami a nieruchomościami. Oba kodeksy zachowały ograniczenie windykacji co do ruchomości wobec trzeciego nabywcy w dobrej wierze — od osoby, której właściciel rzecz swą powierzył (Hand muss Hand wahren. Wo du deinen Glauben gelassen hast, dort musst du ihn suchen, en fait des meubles possession vaut titre, art. 2279 k. N.) Kodeks austrjacki zachował instytucję ksiąg gruntowych, zasadę wpisu wraz z odmiennemi przepisami co do obrotu nieruchomościami.

Średniowiecznej własności, podzielonej na użytkową i zwierzchnią, kodeks Napoleona nie zna wogóle. Własność ta w drodze powolnej ewolucji, już przed Wielką Rewolucją zamieniła się na pełną własność użytkowych właścicieli, a z praw feudalnych pozostały tylko nikłe resztki. Te uprzątnęło ustawodawstwo rewolucyjne. W przeciwieństwie do francuskiego, w austrjackim kodeksie zachowały się przepisy §§ 357—360 i 1122—1150 o własności podzielonej.

W obrębie zaś prawa sąsiedzkiego, obie ustawy cywilne przejęły germańską instytucję wspólności urządzeń granicznych.

Rozdział IV. Tendencje współczesne.

Liberalizm panujący w pierwszej połowie XIX stulecia, w teorji i w życiu, prowadził w dziedzinie własności ziemskiej do wolnego obrotu ziemią inter vivos, co niejednokrotnie prowadziło do spekulacji gruntami, szczególnie budowlanemi i do narastania wielkiej własności, oraz do nieograniczonego dzielenia drobnej własności rolnej włościańskiej mortis causa, a więc do powstawania gospodarstw karłowatych i ludności małorolnej. Następował odpływ ludności ze wsi do miast, gdzie znajdowała zatrudnienie w rozrastającym się przemyśle. Nadwyżka zaś przyrostu ludności, nie mogąca znaleźć zatrudnienia w kraju, emigrowała do Ameryki.

W tych warunkach, narzucała się w Niemczech i w Austrji myśl planowej polityki populacyjnej, zdążającej do ugruntowania silnej warstwy drobnych gospodarzy rolnych. W Prusiech wewnętrzna kolonizacja miała, prócz powyższych społecznogospodarczych celów, nadto charakter wyraźnie nacjonalistyczny, zmierzający do systematycznego wypierania żywiołu polskiego z t. zw. kresów wschodnich (Ostmark). Powstaje ustawodawstwo o t. zw. włościach rentowych, które, jak to wyraźnie powiada galicyjska ustawa krajowa z 17. II. 1905, ur. 40 dz. ukr. o tworzeniu włości rentowych w § 1, ma na »celu utrzymanie i wytworzenie rolniczych gospodarstw średnich rozmiarów« i przeprowadza trzy myśli nowe: 1) że zagospodarowanie racjonalne gruntu jest nietylko prawem, lecz **obowiązkiem** właściciela (§§ 11 i 18, lit. a—c) i 2) że właścicielem gruntów rolnych powinien być zawodowy rolnik, osobiście na roli gospodarujący (§ 3) i 3) wprowadza niepodzielność zasadniczą włości rentowych przez czynności prawne inter vivos i mortis causa, bez zezwolenia władzy (§§ 20—23 cyt. ust.), by nie dopuścić do powstania gospodarstw karłowatych, niezdolnych do prawidłowej produkcji.

W szerszym zakresie, urzeczywistniło myśl drugą wojenne rozp. ces. z 9 VIII. 1915, nr 234 Dzpp. o sprzedaży gruntów rolnych i leśnych, stawiając w § 4 wymóg, by przeniesienie własności inter vivos i dzierżawa gruntów właściańskich nie sprzeciwiały się »interesowi powszechnemu w utrzymaniu stanu włościańskiego, zdolnego do wytwórczości«. Dlatego należy zezwolić na przeniesienie własności, jeśli prawonabywca ma sam gospodarować na gruncie

(§ 5, l. 1), a odmówić zezwolenia, gdy kupno nastąpiło w celach spekulacji, t. j. odsprzedaży z zyskiem (§ 6, l. 1).

Rozporządzenie to w równej mierze dąży do zapobiegnięcia rozdrobnieniu gospodarstw włościańskich (a contr. § 5, l. 3 i 4), a więc do urzeczywistnienia myśli trzeciej. W byłym zaborze austr. obowiązywało to rozporządzenie do 9. XII. 1927, t. j. aż je uchylono rozp. Prez. Rp. z 19. XI. 1927, nr 106, poz. 907 Dzu. Rp.

Po wojnie światowej, piekąca już przedtem kwestja rolna, w państwach, wykazujących przewagę wielkiej własności nie dała się dłużej łagodzić półśrodkami. Na wielką skalę przedsięwzięta i radykalnie przeprowadzona reforma rolna rozdzieliła wielką własność między włościaństwo małorolne i bezrolnych w całym szeregu krajów (Czechosłowacja, Rumunja, Jugosławja, Estonja, Łotwa, Litwa i Polska, nie mówiąc już o Z. S. S. R.). W tem ostatniem państwie własność nieruchoma, to jest własność gruntu, przeszła wyłącznie w ręce państwa, a uprawiającym rolę pozostały tylko uprawnienia użytkowcy, bez prawa rozporządzania gruntem przez czynności prawne art. 52 i nast. kod. cyw. sow. i § 1, 2 i 9 kodeksu agrarnego).

Nawet w tym szczupłym zakresie, w którym prawo własności w myśl sowieckiego kodeksu cywilnego nadal istnieje, zmieniło ono z gruntu swój charakter, gdyż wedle ogólnej zasady postawionej na czele tegoż kodeksu, korzystanie z uprawnień prywatnoprawnych, winno być zgodne z ich celem gospodarczospołecznym (§ 1 kod. cyw. sow.)[1].

Socjalizacji ziemi nie przeprowadziły inne państwa, wprost przeciwnie, reformę rolną wraz z wywłaszczeniem dotychczasowych właścicieli przeprowadzono dla stworzenia ustroju rolnego, opartego na »gospodarstwach rolnych, zdolnych do prawidłowej wytwórczości i stanowiących osobistą własność« (art. 99 konst. polskiej, r. 1921). Mimo to myśli ustawodawcze, które napotkaliśmy w ustawodawstwie o włościach rentowych, wystąpiły i w reformie rolnej z całą wyrazistością.

1. Obowiązek prawidłowego zagospodarowania wypowiada wyraźnie art. 1 ust. tymcz. z 8. III. 1919, nr 23, poz. 235, Dz. u. Rp. w przedmiocie wydzierżawiania niezagospodarowanych użytków

---

[1] Dr Heinrich Freund, Das Zivilrecht Sowjetrusslands, 1924, str. 30 i nast.

rolnych, ustanawiając go w formie obowiązku wydzierżawiania odłogów zdatnych pod uprawę, pod grozą przymusowego wydzierżawienia (art. 5 cyt. ust., z 18. III. 1920).

Podobnie w stosunku do nabywających działki gruntu z parcelacji, w myśl ust. z 28. XII 1925, nr 1 Dz. u. Rp. poz. 1/1926 o wykonaniu reformy rolnej, przewiduje art. 55 i 56 cyt. ustawy wydanie specjalnych przepisów »celem zabezpieczenia dobrego zagospodarowania drobnej własności«, tyczących się coprawda tylko terminów zagospodarowania pod rygorem unieważnienia sprzedaży odnośnej działki w drodze sądowej. Obowiązek porządnego zagospodarowania nabytych z parcelacji działek dotyczy jednak tylko pierwszych nabywców.

2. Wymóg zawodu rolniczego po stronie właściciela gruntów rolnych stawia w ślad za uchwałą Sejmu Ustawodawczego z 10. VII. 1919, o zasadach reformy rolnej, rozp. tymcz. Rady Ministrów z 1. IX. 1919, poz. 428, Dz. u. Rp., normujące przenoszenie własności nieruchomości ziemskich, które w art. 3 powołuje się wprost na zasady reformy rolnej, uchwalone 10. VII. 1919 przez Sejm Ustawodawczy, a następnie wyszczególnia wymóg ten art. 52 i art. 60, ust. 3, ustawy z 28. XII. 1925, nr 1, poz. 1/1926 o wykonaniu reformy rolnej, jednak również tylko odnośnie do pierwszych nabywców.

3. Gospodarstw utworzonych przez parcelację nie wolno wogóle dzielić aktami prawnemi inter vivos i mortis causa przez 25 lat od ich powstania, w myśl art. 33. ust z 15. VII. 1920, poz. 462, Dz. u. Rp. o wykonaniu reformy rolnej, a to pod rygorem nieważności umowy i przymusowego odkupu na rzecz Państwa. Przez ten sam czas nie wolno przenosić własności tych gospodarstw, ani ich obciążać lub wydzierżawiać bez zgody urzędów ziemskich.

Rygory te osłabiła ust. z 28. XII. 1925, nr. 1, poz. 1/1926 o wykonaniu reformy rolnej, stanowiąc zarówno dla podziału jak i dla sprzedaży, dzierżawy lub zastawu, konieczność uzyskania pozwolenia urzędów ziemskich, a to jedynie przez czas aż do całkowitej spłaty obciążających dane gospodarstwo pożyczek z funduszów państwowych, lub Państwowego Banku Rolnego pod rygorem nieważności. Zatem do wszelkich innych sposobów przeniesienia własności inter vivos, które nie są sprzedażą, a nadto do rozporządzania gospodarstwami temi na wypadek śmierci, nie trzeba

zezwolenia władzy, nawet przed spłatą pożyczek, a podział za zezwoleniem jest możliwy i ważny.

Powyżej przedstawione 3 szeregi przepisów wypływają z poglądu, któremu Leon Duguit w swem dziele p. t. Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoleon (1912), dał wyraz głosząc, że własność jest funkcją społeczną a nie prawem podmiotowem. Toteż Państwo bacząc, by własność rolna funkcję swą społeczną wypełniła należycie, oddaje ziemię wyłącznie w ręce zawodowych rolników, przeciwdziała rozdrobnieniu własności rolnej i stara się, by właściciel gruntu swego nie pozostawił odłogiem. Przyznać trzeba, że uniwersalistyczna tendencja w polskiem prawie rolnem, której niestrudzonym orędownikiem był u nas Władysław Leopold Jaworski, stawia dopiero pierwsze i nieśmiałe kroki.

Kostytucja polska z 17. III. 1921, poz. 267, nr 44, Dz. u. Rp., powiada w art. 99, ust. 2 tylko, że »ziemia, jako jeden z najważniejszych czynników bytu narodu i Państwa, nie może być przedmiotem nieograniczonego obrotu — wyprowadza więc tylko negatywną konsekwencję co do obrotu ziemią, której zresztą ustawy obecnie nie przestrzegają prawie zupełnie, jak powyżej przedstawiliśmy. Sama zaś reforma rolna polska ma na celu przeniesienie własności ziemi z rąk jednej warstwy do rąk drugiej w drodze przymusowego wykupu, t. j. wywłaszczenia, lecz treść samego prawa własności narusza bardzo nieznacznie i to na okres przejściowy, operując zresztą tradycyjnem, indywidualistycznem pojęciem własności. Dlatego też trzeba podkreślić z całym naciskiem, że zdanie wypowiedziane jeszcze w r. 1920 i 1922 przez prof. dra Stanisława Gołąba w jego pracach pod tytułem: »Przed projektem polskiego kodeksu cywilnego« i »Powszechne obowiązki i prawa obywatelskie«, że mianowicie reforma rolna w Polsce sprowadza się do kwestji wywłaszczenia, a nie dotyka zupełnie istoty prawa własności — sprawdziło się całkowicie.

Dalej poszła konstytucja republikańskich Niemiec z 11. VIII. 1919, głosząc w art. 153, ust. 3: »Własność zobowiązuje. Używanie własności winno zarazem służyć dobru powszechnemu«. (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste), a w art. 155, poddając rozdział i użytkowanie ziemi pod kontrolę (überwacht) Państwa, w celu zapewnienia każdemu z obywateli zdrowego mieszkania, a rodzinom odpowiedniego

ich potrzebom ogniska domowego (Wohn u. Wirtschaftsheimstätte), wyrażając expressis verbis zasadę, że uprawa i użytkowanie gruntu jest obowiązkiem posiadacza gruntu, wobec społeczności. (Die Bearbeitung und Ausnützung des Bodens ist eine Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft). Jak zapewniają prawnicy niemieccy, są to nietylko hasła teoretyczne, zasady bez znaczenia dla praktyki życia prawnego, lecz pozytywne przepisy prawa, obowiązujące orzecznictwo i praktykę życia prawnego [1].

W tych zasadach nietrudno zauważyć odrodzenie germańskiego pojęcia własności. Wysunięto w niem na pierwszy plan obowiązki właściciela wobec społeczeństwa, a interes jednostkowy samego właściciela tylko wówczas godzien jest ochrony prawnej, gdy nie popadnie w sprzeczność bądź z dobremi obyczajami, bądź z interesem ogólnospołecznym.

Wyraźne reminiscencje średniowiecznego prawa lennego znaleźć można w niemieckiej ustawie państwowej o ogniskach domowych (Reichsheimstättengesetz z 10. V. 1920).

W kodeksach germańskich nowszych, a więc w niemieckim kodeksie cywilnym z 18. VIII. 1896 RGBl, nr 21 (BGB) i w kodeksie cywilnym szwajcarskim z 10. XII. 1907 (ZGB), zawarto pojęcie prawa, które odpowiada germańskiej zasadzie, ograniczonej zasadniczo własności, gdyż daje wolność właścicielowi w granicach porządku prawnego (in den Schranken der Rechtsordnung, art. 641 ZGB), lub ograniczenia prawa własności zalicza do jego treści (§§ 903—924 BGB). O tem bliżej w dziale następnym.

W prawie sąsiedzkiem ruch ideowy XIX wieku w kierunku prawa społecznego nie pozostał bez śladu. Wzmogły się niezwykle prawnopubliczne ograniczenia własności nieruchomej. Prawo przemysłowe, budowlane, drogowe, naftowe, górnicze, wodne, kolejowe, komasacyjne, zawiera całe mnóstwo wciąż narastających przepisów, ograniczających własność prywatną ze względu na sąsiadów w imię dobra publicznego. I w dziedzinie prawnoprywatnej widać wzrost ograniczeń sąsiedzkich, szczególnie w kodeksie szwajcarskim z r. 1907, zawierającym bardzo obszernie rozbudowane prawo sąsiedzkie, a nawet nowe tegoż instytucje (prawo przewodów, studnia konieczna).

---

[1] L. Wertheimer, Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrechte. Tübingen 1928, str. 33.

Dział III. Konstrukcja prawa własności i prawa sąsiedzkiego.

Rozdział I. Prawo własności.

Po powyższym przeglądzie historycznym należy, przed szczegółowem przedstawieniem obecnie obowiązujących w Polsce przepisów prawa sąsiedzkiego oraz szwajcarskiego ustawodawstwa w tym zakresie wciągniętego w krąg naszych rozważań dla celów porównawczych — przystąpić do dokładnego sprecyzowania pojęć, używanych dotąd w sposób prowizorycznie tylko określony. Chodzi tu o własność, stosunek sąsiedztwa gruntów i pojęcie prawa sąsiedzkiego.

Własność.

A. Istota i treść.

Nie wymaga szczegółowych wywodów teza, że słowa własność używamy potocznie w znaczeniu, obejmującem bądź same przedmioty, »stanowiące własność« osób pewnych (np. wielka własność zajmuje 36·5% obszaru Polski), bądź osoby, do których przedmioty te należą (wielka własność wysyłała pewną ilość posłów do kurjalnego parlamentu ze swego grona), bądź też stosunek zachodzący między osobami temi a przedmiotami ich własności. Pierwsze i drugie znaczenie należy odrzucić. Lecz nawet stosunek łączący osobę z rzeczą może być różnego rodzaju. Z wchodzących tu w grę wymieniamy: 1) wyłącznie faktyczny stosunek człowieka do rzeczy, polegający na użyciu jej jako środka do zaspakajania jego potrzeb; 2) stosunek pod 1) wymieniony, chroniony prowizorycznie przez przepisy prawa pozytywnego i 3) wyłączna władza prawna osoby nad rzeczą, obejmująca całość rzeczy.

Nietrudno zauważyć, że punkt 2) zawiera »posiadanie«, a punkt 3) t. zw. prawo własności, względnie własność, jako *prawo podmiotowe*. Tem właśnie ostatniem pojęciem wypada nam zająć się bliżej.

Przedewszystkiem trzeba koniecznie wiedzieć, czem jest t. zw. *prawo podmiotowe*, skoro już zgodziliśmy się, że o własności tylko w tem znaczeniu mówić będziemy. Powyżej w punkcie 3)

umyślnie zamieściliśmy potoczne określenie, zbliżone do definicji Ottona Gierkego [1], gdyż odpowiada ono mniejwięcej zarówno rzymskiej jak i germańskiej własności. Lecz na niem poprzestać niepodobna.

Już Kant w swej metafizyce obyczajów [2] zwracał uwagę, iż wyrażenia takie jak prawo osoby do rzeczy, władza człowieka nad rzeczą, moc prawna odnosząca się do rzeczy i t. p. są tylko obrazami i to niejasnemi. Mimo to jednak, w określeniach prawa podmiotowego i co za tem idzie i własności, spotykamy je podziśdzień u teoretyków, przedewszystkiem niemieckich.

Ze znanego sporu o to, czem jest prawo podmiotowe, czy mocą woli (Willensmacht) udzieloną, czy też tylko uznaną przez prawo, jak twierdził Windscheid, względnie wykonywaniem mocy nad zobowiązanym (Hold v. Ferneck) czy też prawnie chronionym interesem podmiotu prawa, wedle zdania R. Iheringa, odrzucamy oba poglądy, gdyż zawierają one elementy pozaprawne, a więc pierwszy psychologiczne (wola), a drugi socjologiczne (interes). Nauka prawa nie jest ani psychologją, nawet nie psychologją społeczną, czy też psychologją prawa, ani socjologją, nawet nie socjologją państwa i prawa, lecz ma własny przedmiot, t. j. przepisy prawne. Dlatego też, jeśli wogóle prawo podmiotowe jest przedmiotem prawoznawstwa, musi się dać wyrazić w pojęciach prawnych.

W krótkich uwagach teoretycznych, zamieszczonych w dziale I, nie występuje pojęcie prawa podmiotowego, jak to już zaznaczono. Na przykładzie analizy przepisów kodeksu austrjackiego, francuskiego, niemieckiego i szwajcarskiego postaramy się wykazać, że t. zw. prawo własności, najważniejsze z praw podmiotowych, jest tworem złożonym z pierwiastków różnych w różnych ustawodawstwach.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż roszczenie wynikające z zakazu, skierowanego do wszystkich osób podlegających danemu porządkowi prawnemu, korzystania w pewien sposób, z pewnej konkretnej rzeczy, bez zezwolenia konkretnej osoby lub osób, nazwiemy r z e c z o w e m [3].

---

[1] Deutsches Privatrecht, t. II, str. 347/8.

[2] Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 11, str. 71, wyd. Vorländer.

[3] Por. St. Wróblewski: Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe, 1919, str. 1—2 i August Thon: Rechtsnorm u. subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar, 1878, str. 317.

Rzecz, której zakaz dotyczy, nie musi być koniecznie zmysłową (res corporalis) i dlatego roszczenia rzeczowe w przyjętem przez nas znaczeniu można równie dobrze nazwać bezwzględnemi (absolutnemi), w przeciwieństwie do względnych (relatywnych). Prócz rzeczowych istnieją inne roszczenia bezwzględne, np. w prawie familijnem. Różnice między roszczeniami absolutnemi, dotyczącemi np. utworów literackich a takiemiż roszczeniami, odnoszącemi się np. do gruntów czy kamieni wartościowych, powstają na skutek różnic natury ontologicznej, istniejących między przedmiotami fizykalnemi, a utworami duchowej twórczości ludzkiej.

Wszelkie roszczenia nie będące bezwzględnemi, a więc wszelkie roszczenia względne (relatywne), skierowane przeciw oznaczonej osobie lub oznaczonym osobom, nazwiemy obligatoryjnemi..

Austr. kodeks cyw. (allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)[1] powiada w § 354 pod napisem: »Pojęcie własności w znaczeniu podmiotowem«: »Własność, uważana jako prawo jest uprawnieniem do rozrządzania dowolnego istotą i pożytkami pewnej rzeczy, oraz do wykluczenia od tego każdego innego[2].

§ 362 zatytułowany »Prawa właściciela« opiewa: »Na zasadzie prawa dowolnego rozrządzania swą własnością, może z reguły właściciel zupełny używać rzeczy swej według upodobania, lub też zupełnie jej nie używać; może ją zniszczyć, przenieść w całości lub części na innego, albo zrzec się jej bezwarunkowo, t. j. porzucić ją«.

§ 366. Z prawem właściciela wykluczenia każdego innego od posiadania jego rzeczy związane jest również prawo żądania sądownie zwrotu swej rzeczy zatrzymanej od każdego dzierżyciela jej, skargą o własność...

§ 523. Odnośnie do służebności istnieje podwójne prawo skargi. [Można przeciw właścicielowi prawa służebności dochodzić (behaupten)]; lub właściciel może się skarżyć (beschweren) na uroszczenie służebności (Anmassung). [W pierwszym wypadku musi powód udowodnić nabycie służebności, lub przynajmniej posiadanie jej jako prawa rzeczowego], w drugim wypadku musi udowodnić uroszczenie służebności na swej rzeczy (in seiner Sache).

---

[1] W dalszym ciągu oznaczać go będziemy skrótem ABGB.

[2] § 354. Als ein Recht betrachtet ist Eigentum das Befugnis mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden andern davon auszuschliesssen.

W powyższych przepisach »prawo własności« ujęto jako »uprawnienie« (Befugnis § 354 ABGB) podwójne: 1) przedsiębrania zasadniczo wszystkich możliwych czynności z przedmiotem swej własności, a to zarówno co do jego substancji jak i pożytków i 2) wykluczenia od tego wszystkich innych osób. Oczywiście uprawnienie pierwsze jest w naszem rozumieniu prawnie chronioną sferą wolności, gdyż wykonanie czynów »uprawnionych« nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych (kwestję posiadania i jego ochrony, jako odrębny dział przepisów prawnych, pozostawiamy w naszych rozważaniach, jak już zaznaczono, na uboczu), a drugie »uprawnienie« ustawowe stanowi sankcję prywatnoprawną zakazu w formie prawa skargi windykacyjnej i negatoryjnej, a więc w postaci uprawnienia-roszczenia wobec władzy sądowej o wydanie wyroku w myśl ustawy, i wykonanie go przeciw naruszającemu zakaz. To uprawnienie-roszczenie wobec sądu jest sankcją zakazu i wypływającego zeń roszczenia właściciela wobec trzecich osób.

Odróżnienie substacji rzeczy od pożytków, które przynosi, ma znaczenie dla zachowanej w kodeksie austr. własności podzielonej, względnie niezupełnej (§§ 357—360, 1122—1150 ABGB). Idąc za doktryną glossatorów i feudystów t. j. teoretyków prawa lennego, uznaje kodeks austrjacki zarówno właściciela zwierzchniego (Obereigentümer, dominus eminens), jak i właściciela użytkowego (Nutzungseigentümer, dominus utilis) za właścicieli gruntu, przyczem pierwszemu przyznaje tylko prawo do substancji, a drugiemu, prócz wyłącznego prawa do użytków, nadto również i prawo do substancji. Kodeks austrjacki nie jest w tym względzie konsekwentny, gdyż stosunków między zwierzchnim właścicielem, a użytkowym, nie omawia w dziale o współwłasności, jak to czynili dawniejsi prawnicy [1], lecz w dziale o zobowiązaniach przy kontrakcie najmu-dzierżawy (Bestandvertrag §§ 1122—1150 ABGB). Przepisy te stanowią w kodeksie austrjackim zabytek z czasów feudalnych, zresztą oddawna prawie że bezprzedmiotowy, wobec zniknięcia niemal zupełnego regulowanych przez nie stosunków.

Należy jednak zbadać bliżej strukturę prawną owych 2-ch »uprawnień«, przez ustawę austrjacką wspomnianych.

Do czego »uprawnienia« te uprawniają? § 362 ABGB wymienia działanie dość różnorodne: używać lub nie używać, zni-

[1] Gierke, Deutsches Privatrecht, t. II, str. 371.

szczyć, przenieść na innego, zrzec się rzeczy, będącej przedmiotem własności. Jeśli mym ołówkiem piszę lub obsiewam mą rolę, to powstają tylko skutki prawne w zakresie ochrony posiadania (§ 339 ABGB), które tu, w zakresie ochrony stanowczej, pominąć należy [1]. Żadnych jednak skutków prawnych niema w zakresie własności. Ochrona windykacyjnej skargi (§ 366 ABGB) przeciw objęciu rzeczy w posiadanie przez osobę drugą i negatoryjnej skargi (§ 523 ABGB), przeciw innym naruszeniom prawa własności, nie zależy od używania rzeczy przez właściciela. Samo nieużywanie rzeczy przez właściciela nie prowadzi do przedawnienia prawa własności (§ 1459 ABGB), gdyż wedle dawnej doktryny, stanowi ius merae facultatis. Potrzeba do tego zasiedzenia po stronie innej osoby (p. dział X o przedawnieniu).

Należy więc wydzielić z obrębu »uprawnienia« pierwszego, wymienionego w § 354 ABGB, wszystkie czynności o charakterze czysto faktycznym, dotyczące przedmiotu własności a nie wywołujące żadnych skutków prawnych. Będą niemi: używanie rzeczy we wszelki możliwy sposób lub nieużywanie jej. Czynności te nie są przez prawo ani nakazane ani zakazane, a wykonanie ich ani niewykonanie nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych.

§ 387 ABGB, o konfiskacie nieuprawianych dóbr i nieodnawianych budynków, opiera się na domniemaniu derelikcji, a § 170 u. k. austr., o podpaleniu własnego domu, wymaga zamiaru oszukańczego.

Z punktu widzenia teorji imperatywnej prawa są to czyny dozwolone. Wolno mi jeździć na mym koniu lub pole orne zamienić na łąkę. Cóż kiedy powiadają, że nietylko wolno, ale m a m p r a w o jako właściciel to zrobić, że ustawa nietylko toleruje, lecz wyraźnie pochwala takie czynności.

---

[1] Podziału i budowy dwuwarstwowej prawa prywatnego, normującego z jednej strony prowizoryczną ochronę posiadania i odpowiadające jej roszczenia posiadacza wobec innych osób, ba, nawet wedle kodeksu austriackiego »uprawnienia« posiadacza w dobrej wierze do czynności, tyczących się rzeczy posiadanej, analogiczne zupełnie do »uprawnień« właściciela (§ 329 ABGB), wynikające z uznania posiadania w kodeksie austrjackim za p r a w o posiadania (Recht des Besitzes § 308 ABGB) — z drugiej zaś regulującego na innych zasadach stanowczą ochronę własności innych praw, zamierzamy w tej pracy przestrzegać ściśle, nie wspominając o posiadaniu bez koniecznej dla danego zagadnienia potrzeby.

Znamierowski staje na stanowisku, że porządek prawny jest nietylko układem koercytywnym, lecz konstrukcyjno-koercytywnym, że elementy konstrukcyjne w prawie prywatnem występują ze szczególną siłą w przeciwstawieniu np. do prawa karnego, i dlatego uznaje powyższe czynności za treść uprawnienia w podanem przez się znaczeniu, t. j. przyporządkowania pewnym warunkom sumy logicznej pewnej czynności i jej zaniechania, przyczem zarówno dokonanie jej jak i zaniechanie należą do układu prawnego [1].

Ten sposób rozpatrywania nie jest konieczny. Ponieważ, zdaniem naszem, teorja imperatywna da się bez reszty przeprowadzić także w konstrukcji przepisów prywatnoprawnych, przeto dla nas zastępuje tego rodzaju uprawnienia w zupełności chroniona prawnie sfera wolności, do której należy zarówno jeżdżenie na własnym koniu, jak i pisanie własnym ołówkiem.

Prócz używania i nieużywania rzeczy mówi § 362 ABGB o zniszczeniu jej. Zniszczenia nie wolno stawiać na równi z używaniem i zaniechaniem używania, gdyż przez zniszczenie rzeczy gaśnie samo prawo własności (anal. § 1447 ABGB), a więc zniszczenie przedmiotu własności jest czynnością, wywołującą skutki prawne, toteż nie należy ono do sfery wolności, lecz stanowi uprawnienie w naszem rozumieniu tego wyrazu.

Pozostałe czynności wymienione w § 362 ABGB, t. j. przeniesienie rzeczy w całości lub w części na inną osobę, zrzeczenie się jej (derelictio), są, jak widać na pierwszy rzut oka t. zw. czynnościami prawnemi, a więc czynnościami nietylko wywołującemi z ustawy skutki prawne, lecz nadto skierowanemi świadomie na wywołanie tychże. Thon w książce swej p. t. Rechtsnorm und subjektives Recht [2], wytacza przeciw poglądowi, jakoby w treść prawa własności wchodziło upoważnienie do przeniesienia go na inne osoby argument, że, by móc przenieść coś, trzeba o s o b n e g o uprawnienia, a nie może istnieć uprawnienie, uprawniające do przenoszenia samego siebie (scil. tego samego uprawnienia).

Dla uniknięcia logicznych trudności związanych z taką konstrukcją należy przyjąć, że uprawnienie do przedsiębrania czynności o znaczeniu prawnem, dotyczących przedmiotu własności jest

---

[1] Znamierowski Czesław: Podstawowe pojęcia teorji prawa, 1924, str. 103 i nast.

[2] Str. 326 i nast.

uprawnieniem samoistnem, przysługującem właścicielowi, a dotyczączem bezpośrednio nie rzeczy samej, lecz »uprawnienia« pierwszego i negatywnej strony prawa własności.

Dotąd była mowa o t. zw. pozytywnej stronie prawa własności. O negatywnej stronie mówi § 354 ABGB, nazywając ją uprawnieniem do wykluczenia każdego innego od czynności, do których uprawnia strona pozytywna.

Uprawnienie to stanowi o wyłączności prawa własności, stwarza ono monopol na rzecz właściciela. Wykluczenie innych osób pozostawione jest woli właściciela; ustawa wykluczenia tego ani nie nakazuje ani nie zakazuje, a tylko do tego uprawnia, a więc zdawałoby się, uważa zarówno wykluczenie osoby niszczącej mą rzecz, jak też i bierne zachowanie się wobec tego, za prawne. Powstaje pytanie, czy obowiązek osoby, używającej lub usiłującej używać mej rzeczy, do zaniechania używania mej rzeczy powstaje dopiero przez wykluczenie jej przeze mnie, czy też obowiązek ten istnieje już przedtem i samo używanie przez nią jest czynnością bezprawną bez względu na mój sprzeciw jako właściciela tej rzeczy. Innemi słowy, czy »uprawnienie« wykluczenia innych z § 354 ABGB jest przepisem łączącym skutki prawne z pewnemi czynnościami (wykluczania lub niewykluczania), czy też sankcją ogólnego zakazu naruszania cudzej własności w postaci uprawnienienia-roszczenia wobec sądu, zwanego prawem skargi windykacyjnej i negatoryjnej.

Z treści powyżej przytoczonych §§ 366 i 523 ABGB wynika, że objęcie w posiadanie cudzej rzeczy, lub wykonanie na niej jednej z czynności, objętych ogólną nazwą służebności [Jaworski określa je jako rzeczowe władztwo osoby nad rzeczą, umożliwiające zaspokojenie z niej niektórych tylko potrzeb, jakie ta rzecz wogóle zaspokoić jest w stanie, i niewykluczające innych osób od zaspakajania tych samych potrzeb zapomocą tejże rzeczy, jeżeli to tylko materjalnie jest możliwem] [1], pociąga za sobą — bez względu na ewentualny poprzedni zakaz tych czynności ze strony właściciela — sankcje w tych §§-ach wymienione [2].

---

[1] Nauka o służebnościach według prawa austrjackiego, 1892, str. 87

[2] Jedynie w obrębie posiadania może mieć niewykluczenie lub wykluczenie kogoś od wpływu lub używania rzeczy przez właściciela, znaczenie dla dobrej lub złej wiary posiadacza (§ 326 ABGB) i wadliwości, względnie niewadliwości posiadania (§ 345 ABGB).

Skąd więc pochodzi ogólny obowiązek nieoddziaływania na cudze rzeczy bez pozwolenia ich właściciela?

Prawnej struktury własności (podobnie jak i innych praw rzeczowych) nie da się bez reszty wyjaśnić samem ius prohibendi po stronie właściciela. Musi się przyjąć ogólny zakaz naruszania rzeczy, stanowiących własność, przez wszystkich, nie będących właścicielami ich bez zgody właścicieli [1]. Zakaz tego rodzaju stanowi istotę praw rzeczowych [2] i sprawia, że każdy czyn, przekraczający ten zakaz jest czynem niedozwolonym bez względu na okoliczność, czy właściciel w danym wypadku specjalnie zabronił naruszenia swej rzeczy, czy nie. Jedynie zezwolenie właściciela na naruszenie, wyrażone przed naruszeniem (a nawet i po naruszeniu), odbiera czynowi charakter bezprawia, gdyż brak zezwolenia w zakazie jest przewidziany jako cecha bezprawia.

Z analizy powyżej dokonanej dochodzimy do wniosku, że prawo własności w kodeksie austrjackim jest instytucją złożoną z kilku elementów:

I. sfery »wolności«, dotyczącej wszelkich (w zasadzie) czynności czysto faktycznych i ich zaniechań w odniesieniu do rzeczy. Czynności te i ich zaniechanie są tylko dozwolone, więc nie wywołują żadnych skutków prawnych. Ustawa austrjacka udziela tego nieograniczonego w zasadzie pozwolenia w formie wyraźnego nadania »uprawnienia«.

W tem przebija się indywidualistyczna doktryna prawa natury, stawiająca na pierwszym planie prawa, a obowiązki wywodząca przedewszystkiem z umowy społecznej, zawartej dla zabezpieczenia praw jednostek. Dzisiejsza teorja prawa wychodzi od przepisów prawnych, nie od jednostek i ich praw.

II. ogólnego zakazu wkraczania w sferę przedmiotu własności bez zgody właściciela, skierowanego do wszystkich osób podległych danemu porządkowi prawnemu, czemu odpowiadają po stronie właściciela roszczenia o owo niewkraczanie, skierowane przeciw wszystkim osobom, podlegającym danemu porządkowi prawnemu [3]. Samo »ius prohibendi« właściciela, konstrukcyj-

[1] Gołąb Stanisław: Formy zdań prawnych w prywatnoprawnem oświetleniu, str. 25.

[2] Wróblewski Stanisław: Zarys wykładu prawa rzymskiego, t. I, str. 233/4 i t. II Prawo rzeczowe, str. 1 i nast.

[3] Por. August Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar 1878, str. 167.

nie stanowi sankcję zakazu a oddaje nieściśle okoliczność, że przekroczeń (cywilnych) zakazu wkraczania w przedmioty cudzej własności dochodzi się tylko wskutek skargi właściciela, (§§ 366, 523 i 1295) a więc, że sankcje zakazu tego następują tylko na żądanie chronionego tym zakazem. Zakaz, o którym teraz mowa, chroni bowiem sferę wolności, omówioną wyżej pod I.

III. uprawnienia właściciela do działań o znaczeniu prawnem odnośnie do rzeczy, więc do przeniesienia swego prawa własności, ustanawiania na niej innych praw rzeczowych, do derelikcji i t. p. Czynności te muszą zawsze być dokonane w imieniu właściciela, choćby ich dokonywał jego zastępca prawny lub pełnomocnik. Dotyczą one sfery wolności pod I. i odpowiadającej jej ochrony pod II. opisanej.

Nadto silniejszą ochronę, bo dochodzoną z urzędu stanowią przepisy karne o kradzieży, oszustwie, złośliwem uszkodzeniu cudzej własności, podpaleniu i t. p.

Kodeks Napoleoński zawiera o własności bardzo szczuplutki rozdział (art. 544—577, księga II, tytuł II, stanowiące dekret z 27. I. 1804 (6 pluviôse r. XII) ogłoszony 6. II. 1804 (16 pluviôse r. XII). O samem pojęciu prawa własności mówi tylko art. 544. »Własność jest prawem korzystania (jouir) i rozporządzania rzeczami w sposób jaknajbardziej bezwzględny (absolue), byle nie czynić z niej użytku zakazanego ustawami (les lois) lub rozporządzeniami (les règlements)«.

Ustawa wyraża więc tylko pogląd, że 1) własność jest prawem i to 2) prawem bezwzględnego używania i rozporządzania rzeczą.

Zdawałoby się, że w ustawie tej wyszczególniono tylko stronę pozytywną własności a pominięto negatywną. Wydaje się nam, że w słowach »w sposób najbardziej bezwzględny« (de la manière la plus absolue), zawarto zarówno zasadniczą nieograniczoność prawa własności, t. j. wolność przedsiębrania wszystkich w zasadzie czynności faktycznych i prawnych (disposer), dotyczących rzeczy (zasada wolności) jak i ius prohibendi wobec niewłaścicieli (zasada wyłączności). Jednak nawet przyjąwszy tezę, że słowa powyższe wyrażają tylko wolność ad I. i uprawnienie ad III., wyszczególnione codopiero odnośnie do prawa austrjackiego [1] nie trzebaby wnioskować.

[1] Na stanowisku, iż »prawo korzystania« z rzeczy i »prawo rozporządzania« rzeczą wyczerpuje prawo własności, zdaje się stać orzecze-

że ustawa francuska nie zna ochrony własności zapomocą zakazu pod II. i odpowiednich skarg. Coprawda o skardze wydobywczej a raczej o skargach w przedmiocie odzyskania nieruchomości (actions en revendication), wspomina kodeks Napoleona tylko przelotnie w art. 526 C. c., uznając je za nieruchomości, a o skardze negatoryjnej wcale nie wspomina, lecz nie całe prawo obowiązujące znajduje się w ustawie [1], a orzecznictwo i nauka przyjmują jako zrozumiałą samą przez się ochronę własności, skargę windykacyjną.

Skarga negatoryjna w prawie francuskiem nie odgrywa większej roli, gdyż wobec brzmienia art. 691 C. c., wykonywanie służebności przerywanych, t. j. polegających na działaniu ludzkiem i służebności ciągłych, lecz niewidocznych, nawet od niepamiętnych czasów nie prowadzi do zasiedzenia, a nabyć je można tylko przez tytuł. Powyższe służebności nie korzystają również z ochrony posesoryjnej, gdy nie są oparte na tytule.

Jedynie zakończenie art. 544 C. c. (»...byle nie czyniono z nich użytku zabronionego przez ustawy lub urządzenia«) może nasunąć wątpliwość, czy ustawa francuska rzeczywiście uznaje prawo własności za nieograniczone. Zdaniem naszem, mamy tu przepis analogiczny do § 364 ABGB, ust. 1. W obu ustawach mowa o tem, że użytku z prawa własności (Ausübung des Eigentumsrechtes, usage) nie wolno w pewnych wypadkach robić, więc uznaje wypadki te za ograniczenia nawet nie samej treści prawa własności, lecz robienia użytku z przyznanych nim uprawnień. Rozróżnienie to nie jest zbędną finezją, rozcinaniem włosa na cztery lub choćby dwie części, lecz ma ważne praktyczne konsekwencje prawne, gdyż w razie uznania prawa własności za zasadniczo nieograniczone, ograniczenia stają się samodzielnemi przepisami, którym odpowiadają samodzielne roszczenia drugich, a przeciwnie gdy uznamy prawo własności za ograniczone, ograniczenia staną się niesamodzielnemi przepisami, normującemi prawo własności i odpowiadać im będą tylko roszczenia, w skład prawa własności wchodzące. Dlatego też w pierwszym wypadku dochodzi się roszczeń, ograniczających prawo własności samodzielnemi skargami, w drugim zaś skargami z prawa własności.

---

nie Sądu Najwyższego w Warszawie, Izby I, z 9. II. 1922 (C 470/21 OSP II 7).

[1] »oltre la legge il diritto« Donati, Fondazione della scienza del diritto 1929.

Dalszy jednak moment definicji prawa własności w kodeksie Napoleona wykazuje wyraźnie piętno germańskiego pojęcia własności. Art. 544 C. c. mówi o prawie użytkowania (jouir) rzeczy, a § 354 ABGB o uprawnieniu dowolnego rozporządzania istotą i pożytkami (nach Willkür zu schalten). W tem widać znaczną różnicę. Podkreślono w ustawie francuskiej tylko moment użytkowania rzeczy (germańskie Nutzen), moment charakterystyczny dla germańskiej własności. Tem samem zacieśniono znacznie zakres wolności właściciela, gdyż niszczenie rzeczy, nie przynoszące właścicielowi żadnego pożytku nie wchodziłoby w jej zakres. Tak, gdyby ustawa wyczerpywała obowiązujące prawa. Tymczasem wiemy, że indywidualistyczne rzymskie pojęcie prawa panuje we Francji w umysłach i orzecznictwie bezspornie. Życie wyszło poza ustawę, tkwiącą jeszcze miejscami w germańskich pojęciach prawa zwyczajowego (coutumes).

Dochodzimy więc do wniosku, że wbrew pewnym ustawowym cechom, francuskie pojęcie własności pokrywa się z austrjackiem i taksamo konstruować je należy.

Niemiecki kodeks cywilny nie daje odpowiedzi na pytanie, czem jest własność, gdyż definicyj prawnych prawie wogóle nie zawiera. Przepisu § 903 BGB, opiewającego: »Właściciel rzeczy może, o ile nie sprzeciwia się temu ustawa, albo prawa osób trzecich, z rzeczą robić to, co mu się podoba i inne osoby wykluczyć od wszelkich oddziaływań na nią«, nie można rozpatrywać samodzielnie, gdyż stanowi on część większej całości, objętej nagłówkiem: »Treść własności« (Inhalt des Eigenthums, §§ 903—924 BGB), wszystkie zaś dalsze §§-fy zawierają t. zw. ograniczenia prawa własności, przeważnie prawa sąsiedzkiego. O tem, że napis »treść własności« odnosi się do całego tytułu I. trzeciego rozdziału o własności, zapewnia nas prawoznawstwo niemieckie (Wolff [1] i Gierke [2]).

Niemiecka własność jest »uprawnieniem«, daje sferę czynów dozwolonych [3], ograniczoną jednak zasadniczo całem ustawodaw-

---

[1] l. c. str. 145 i nast.

[2] l. c. t. II, str. 418. Trafnie podnosi Vinding Kruse (Das Eigentumsrecht 1931, str. 7), iż BGB nie proklamuje ani bezwzględności ani nienaruszalności prawa własności, jak to czyni kodeks Napoleona w art. 544 i 545.

[3] v. Tuhr: (Der Allg. Teil des Deutschen Bürg. Rechts., t. I, 1910, str. 134/5), nie może się pogodzić z myślą, iż pozytywna strona prawa

stwem zarówno prywatnem jak i publicznem, i wynikającemi stąd obowiązkami zarówno nieczynienia (non facere), znoszenia (pati), a nawet czynienia (facere). Obowiązki wszystkich tych typów wchodzą w treść własności [1]. Własność przestaje więc być tylko sferą wolności, samem »uprawnieniem«, a staje się sferą wolności, związaną ze zobowiązaniami wobec sąsiadów, państwa, gminy i innych związków publicznych. Nadto samo »uprawnienie« ograniczone jest treściowo ogólnym zakazem szykany z § 226 BGB: »Wykonywanie prawa jest niedopuszczalne, jeżeli ma tylko na celu wyrządzenie drugiemu szkody«, sformułowanym o tyle wadliwie, że wówczas nietylko wykonywanie prawa staje się niedopuszczalne, lecz przestaje być również wykonywaniem prawa, a staje się czynnością bezprawną.

Ograniczone to »uprawnienie« chronione jest wobec innych przepisami §§ 985 i 1004 BGB.

§ 985. »Właściciel może żądać od posiadacza wydania rzeczy«.

§ 1004. »Jeśli prawo własności naruszono w inny sposób, aniżeli przez odebranie lub zatrzymanie posiadania, natenczas może właściciel domagać się od naruszającego usunięcia naruszenia. Jeżeli należy się obawiać dalszych naruszeń, może właściciel skarżyć o zaniechanie.

Roszczenie to jest wykluczone, jeżeli właściciel jest obowiązany do znoszenia«.

Tutaj również mimo słów zamieszczonych w § 903 BGB (»Właściciel może... inne osoby wykluczyć od wszelkich (?) oddziaływań«, gdzie zresztą słowo wszelkich (jeder) jest stanowczo nie na miejscu), musi się uznać, że obowiązek nienaruszania »prawa własności«, a więc nieobejmowania rzeczy, będącej przedmiotem własności, w posiadanie, ani niewpływania w inny sposób na nią, istnieje niezależnie od tego, czy właściciel naruszającemu zabronił oddziaływania czy nie, i że §§ 985 i 1004 BGB zawierają właściwie tylko sankcję obowiązku tego, którą uzależniają od skargi naruszonego właściciela. Oczywiście we wszystkich wypadkach, gdy

własności jest tylko prawnie chronioną sferą wolności i powołuje się na tradycję rzymskiego prawoznawstwa, stawiającego na pierwszym planie władzę nad rzeczą, a traktującego ochronę jako element wtórny, co oczywiście nie jest żadnym argumentem. Podobnie Fritz Berolzheimer: System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie, t. II, str. 402/3.

[1] Günther Holstein: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921, str. 83.

»uprawnienie« a raczej wolność właściciela jest ograniczona w formie obowiązku znoszenia oddziaływań oznaczonej osoby, niema zakazu wkroczeń dla tej ostatniej, a więc brak również i sankcji z § 1004 BGB.

O uprawnieniu właściciela do czynności prawnych dotyczących rzeczy — jako treści prawa własności wprost BGB nie mówi, a wymóg, by przenoszący prawo własności lub obciążający je prawem rzeczowem był właścicielem, stawia odnośnie do nieruchomości w § 873 BGB, wymagając zgody uprawnionego (des Berechtigten) i drugiej strony oraz wpisu do ksiąg gruntowych, a co do ruchomości w § 929, żądając tradycji przez właściciela dokonanej i zgody co do przejścia własności. Niema więc oczywiście wątpliwości, że właściciel ma prawo przenieść swą własność na innych i że odnośne uprawnienie znane jest prawu niemieckiemu jako uprawnienie, wchodzące w skład własności [1]. Kwestja tylko, czy wyłącznie właściciel może wywołać ten skutek prawny. Otóż wiadomo, że BGB podobnie jak ABGB (§§ 367 i 456) chroni nabywcę i zastawnika ruchomości w dobrej wierze w określonych wypadkach, podobnie i §§ 932—934 BGB i § 1207 BGB wyraźnie orzekają, że nabywca względnie zastawnik w dobrej wierze nabywają własność względnie prawo zastawu, choćby własność względnie zastaw ruchomości nie nabyli od właściciela. Jest to germańska instytucja znana zarazem kodeksowi Napoleona (art. 2279), jak i szwajcarskiemu (art. 714).

Szwajcarski kodeks cywilny (ZGB) z 10. XII. 1907, obowiązujący od 1. I. 1912 również nie zawiera definicji własności, a tylko w art. 641 pod napisem »Treść własności« postanawia: »Kto jest właścicielem rzeczy, może w granicach porządku prawnego (in den Schranken der Rechtsordnung) rozporządzać nią dowolnie. Ma prawo żądać wydania jej od każdego, kto mu je zatrzymuje (vorenthält) i odeprzeć każde nieusprawiedliwione (ungerechtfertigte) oddziaływanie«. Już na pierwszy rzut oka widać tu, że zakres wolności udzielony przez własność nie jest ograniczony. »Porządek prawny« zaś zacieśnia tę wolność:

1) ogólnym zakazem szykany z art. 2, ust. 2 ZGB: »Jawne nadużycie prawa nie korzysta z ochrony prawnej«;

---

[1] Cosack, l. c. t. II, § 195, str. 106.

2) obowiązkiem znoszenia wkroczeń wywołanych stanem konieczności (art. 701);

3) licznemi obowiązkami w interesie publicznym (np. art. 702, 703, 705, 711 i 712), lub w interesie sąsiadów (art. 684 i dalsze). Te wszystkie obowiązki właściciela należy zdaniem naszem uważać za część składową samej własności, mimo że kodeks szwajcarski odnośnie do nieruchomości część ich tylko wymienia pod napisem: »Treść własności gruntowej« (art. 669, 670) a resztę osobno pod nagłówkiem: »Ograniczenie własności gruntowej«. Wynika to stąd, że ustawa nie udziela innym osobom (niewłaścicielom) specjalnych roszczeń wobec właściciela o znoszenie, zaniechanie lub przedsięwzięcie pewnych czynności, lecz wprost nakazuje względnie zakazuje ich właścicielowi.

Ustawodawca szwajcarski łączy w słowie »rozporządzać« (verfügen), wolność właściciela wykonywania i niewykonywania czynności o znaczeniu tylko faktycznem, niewywołujących żadnych skutków prawnych (pod 1), str. 55) z uprawnieniem przedsiębrania czynności prawnych (przeniesienie i obciążenie własności) (pod III) na str. 56).

Ochronę wolności właściciela konstruuje ustawa szwajcarska, podobnie jak ABGB i BGB również jako uprawnienie-roszczenie właściciela wobec każdego z niewłaścicieli.

I tu również dla należytej konstrukcji prawnej musi się przyjąć ogolny zakaz oddziaływania na przedmiot cudzej własności, którego sankcją tylko jest skarga windykacyjna i negatoryjna art. 641 ZGB.

Dwa typy własności.

Reasumując powyższe wywody można schematycznie przedstawić istotę i treść »prawa własności« wedle ABGB i C. c. oraz BGB i ZGB w ten sposób:

I. ABGB i C. c. Prawo własności — 1) wolność, przysługująca właścicielowi czynienia lub nieczynienia (facere aut non facere) w zasadzie wszystkiego z rzeczą, będącą przedmiotem własności;

2) obowiązek ogólny wszystkich osób, podlegających porządkowi prawnemu z wyjątkiem właściciela, nie wkraczania bez pozwolenia właściciela w sferę wolności właściciela, z sankcją w postaci uprawnienia właściciela do skargi.

i 3) uprawnienie właściciela do czynności prawnych, przenoszących na inne osoby lub ograniczających wolność pod 1) i zakaz pod 2) i do zrzeczenia się tychże.

II. BGB i ZGB. Prawo własności — 1) wolność, służąca właścicielowi w zasadzie ograniczona negatywnie[1] przez porządek prawny wykonania lub zaniechania czynności niezakazanych na rzeczy, będącej przedmiotem własności oraz obowiązki ustawowe określonych zaniechań, znoszeń i czynności pozytywnych, dotyczących rzeczy, będącej przedmiotem własności;

2) obowiązek ogólny wszystkich osób, podlegających porządkowi prawnemu z wyjątkiem właściciela, niewkraczanie bez zezwolenia właściciela w sferę wolności właściciela w wypadkach, gdy brak odpowiedniego pozwolenia ustawy — z sankcją w postaci uprawnienia właściciela do skargi

i 3) jak wyżej pod I.

Tyle co do istoty i treści »prawa własności« wedle 4 rozważanych kodeksów cywilnych.

B. Przedmiot własności i jej zakres przestrzenny.

Obecnie trzeba omówić przedmiot i zakres przestrzenny prawa własności.

Wedle kodeksu austr. może się wydać wątpliwem, czy tylko rzeczy zmysłowe (res corporales § 292 ABGB) mogą być przedmiotem własności, czy również i niezmysłowe np. prawa. Na tę drugą ewentualność wskazywałaby treść § 353 ABGB »Wszystko, co do kogo należy, wszystkie jego zmysłowe i niezmysłowe rzeczy nazywają się jego własnością«, § 353 ABGB »Wszelkie rzeczy są wogóle przedmiotem prawa własności...«, § 427 ABGB o tradycji wierzytelności oraz wyrażenia spotykane w § 1030 ABGB: »właściciel przedsiębiorstwa handlowego« (einer Handlung) i w § 1424 ABGB, »właściciel roszczenia«. Niewątpliwie autorzy kodeksu austrjackiego, a przedewszystkiem Zeiller, uważali zgodnie z pr. pr. kr. (ALR I, 8, § 1 einer Sache oder eines Rechtes) i germańskiem pojęciem własności, że przedmiotem własności są zarówno rzeczy zmysłowe jak i prawa i ten pogląd wszedł w kodeks austr. Mimo

[1] Pozytywnie przez wymienienie czynności samych bądź celu ich, określone są t. zw. ograniczone prawa rzeczowe (zastaw, hipoteka, służebność i in.).

to nauka prawa (Krainz, Pfaff, Ehrenzweig Bd. I. 1905, § 192, str. 542, Unger, System I, str. 380, uw. 39, str. 513, uw. 8, Stubenrauch (1898), t. I, str. 457) i orzecznictwo stoją na stanowisku, że przedmiotem własności są tylko rzeczy zmysłowe. W ten sposób rzymskie pojęcie własności pokonało nawet ustawę austrjacką w życiu i nauce prawa. Dopiero w ostatnim czasie próbuje E. Swoboda [1] odnowić koncepcję własności na prawach w obrębie kodeksu austr., uposażając ją w ochronę z zakresu odszkodowania (§ 1323 ABGB, przywrócenie do poprzedniego stanu zamiast windykacji z § 366 ABGB), lecz sam ogranicza tę »własność w szerszem znaczeniu« (jak ją nazywa) z § 353 ABGB do praw, które odnoszą się do rzeczy zmysłowych, uprawniających do dzierżenia (choćby częściowego) tej rzeczy i uzależnia jej nabycie od tradycji (petytoryjna ochrona najemcy, dzierżawcy, biorącego wygodzenie, przechowcy i znalazcy wobec nieuprawnionych osób trzecich) w czem jest niekonsekwentny, a raczej staje w pół drogi. Pomysł dobry de lege ferenda, lecz nazwa »własności w szerszem znaczeniu« niepotrzebna, bo prowadzi do błędnych analogij. — Tak więc wedle prawa austrjackiego własność ogranicza się do rzeczy zmysłowych.

Zakres przestrzenny.

Odnośnie do ruchomości (§ 293 ABGB), kwestja zakresu prawa własności pod względem przestrzennym nie powstaje wogóle Rzeczy ruchome mają z natury praktycznie wystarczająco ściśle. określone granice. Całe podlegają zarówno wolności czynów właściciela, jak i ochronie wobec niewłaścicieli.

Pytanie to ma doniosłość prawną dopiero w stosunku do nieruchomości w znaczeniu §§ 293—297 a ABGB. Przedewszystkiem chodzi o zasięg w głąb i wzwyż. W tym kierunku § 297 ABGB postanawia, że za przynależność rzeczy nieruchomej uznaje się domy i inne budynki, wystawione z zamiarem trwałego. połączenia z rzeczą wraz ze słupem powietrza pionowo nad niemi się wznoszącym. Kodeks austrjacki wyraża się nieco niezręcznie, bo postanowienie o słupie powietrza (Luftraum) przytacza tylko w związku z budynkami, a nie wspomina o nim w §§ 295 i 296 ABGB, gdzie mowa o przynależności gruntów niezabudowanych.

---

[1] Die Neugestaltung der Grundbegriffe unseres Bürgerlichen Rechts (Wien 1929), por. również Hans Oppikofer: Das Unternehmensrecht 1927, str. 137 i 142/3.

Że z tego nie wynika, by słup powietrza był przynależnością tylko gruntów zabudowanych, a innych nie, nie trzeba chyba specjalnie dowodzić [1].

Ciekawszą jest kwestja, czy słup powietrza, czy sama przestrzeń jest tu przedmiotem własności, czy też może mamy tu do czynienia z jakąś inną konstrukcją prawną. Do samego powietrza nie odnosi się własność z pewnością. gdyż stanowi ono rzecz wspólną wszystkim (res omnium communis), nie ma bowiem granic i nie stanowi jednostki w obrocie [2].

Opierając się na tem, doszedł Werenberg [3] do wniosku, że powietrze, jako res nullius musi być specjalnie zawłaszczone nawet przez właściciela gruntu a każdy może zawłaszczać powietrze nawet nad cudzym gruntem!

Pozostaje pytanie, czy słup powietrza, t. j. przestrzeń sama może być przedmiotem własnosci, czy nie. Pytanie to sprowadza się do innego, czy mianowicie przestrzeń jest rzeczą zmysłową. Przedewszystkiem trzeba tu odrzucić na bok wszelkie teorje przestrzeni, takie jak transcendentalny idealizm Kanta, głoszący, że przestrzeń niema bytu transcendentnego, lecz jest formą naszego oglądu zmysłowego. Dla prawa bowiem, opartego w zupełności na poglądach potocznych życia codziennego, nie wchodzą one w rachubę. Również subtelne zagadnienia dawnej i nowszej filozofji i fizyki teoretycznej, dotyczące stosunku materji do przestrzeni, są dla zagadnienia prawnego bez znaczenia z tego samego powodu. Prawne pojęcie rzeczy zmysłowej (res corporalis) nie musi niepokrywać się wcale z pojęciem rzeczy w znaczeniu fizykalnem (materja). Mimo to uznanie samej przestrzeni ponad gruntem za rzecz (zmysłową) w znaczeniu prawnem, chociażby niesamoistną, lecz przynależność gruntu (§ 297 ABGB), nie da się uskutecznić. Przestrzeń ta bowiem nie uchodzi w obiegu za jednostkę i nie nadaje

---

[1] Prawo lotnicze (rozp. Prez. Rp. z 14. III. 1928, nr 31, Dz. u. Rp. poz. 294) urządza lotnictwo na terytorjum Rp. z punktu widzenia zwierzchnictwa nad terytorjum państwowem, a więc wybitnie publicznoprawnie, i nie wspomina zupełnie o jakichkolwiek prawach (ius prohibendi) właściciela, stojących na przeszkodzie przelotowi nad jego gruntem.

[2] Krainz, Pfaff, Ehrenzweig 3 wyd., § 83, str. 216 i nast., Fryderyk Zoll: Prawo rzeczowe str. 20, Prawo cywilne. Część ogólna, 1931, str. 177, nr. 135.

[3] Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigentümer (Jahrbücher für die Dogmatik VI. Bd., str. 13 i nast.).

się na przedmiot majątkowy, a, co ważniejsze, nie jest materjalną, a nowsza nauka prawa zna tylko materjalne rzeczy [1], [2], [3].

Cóż więc zrobić z tym nieszczęsnym »słupem powietrza« i uprawnieniami, służącemi na nim właścicielowi? Mojem zdaniem trzeba uznać, że ustawa, mówiąc o słupie powietrza, jako przynależności gruntu, tem samem rozszerzyła ochronę własności na całą przestrzeń, pionowo nad nim się wznoszącą, nie czyniąc jej przedmiotem własności. Wkroczenia postronnych w słup powietrza nad gruntem — o ile nie są tylko przejściowe i istnieje obawa powtórzenia — może właściciel odeprzeć skargą negatoryjną, jako bezprawne, jeśli nastąpiły bez jego zezwolenia. Zakaz oddziaływania i wkraczania w obszar cudzej własności nieruchomej odnosi się nietylko do samego gruntu, lecz i do wznoszącego się nad nim »słupa powietrza«, t. j. przestrzeni, wyznaczonej pionowemi powierzchniami (ścianami) idealnemi, wystawionemi na granicach gruntu. Wolności nieograniczonej, dotyczącej tej przestrzeni, wobec powyższego ustalenia, że przestrzeń nie jest rzeczą (zmysłową) w znaczeniu prawnem, przyjąć nie można. Jest to rozwiązanie jedyne, mojem zdaniem, przy przyjęciu panującego pojęcia rzeczy (zmysłowej) w znaczeniu prawnem [4]. Nie sprzeciwia się temu t. zw. prawo budowy (Baurecht), t. j. uprawnienie właściciela do budowania na swym gruncie. Uprawnienie to, mimo bardzo daleko idących ograniczeń ustaw budowlanych (por. rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928, nr 23, poz. 202, Dzu. Rp. prawo budowlane i o zabudowaniu osiedli), nadal istnieje i budowanie na własnym gruncie uważa się dotąd za »prawo« właściciela. Wedle pojęć przyjętych przez nas na wstępie należy je uznać za uprawnienie, gdyż wywołuje skutki prawne w myśl §§ 297, 417 i 419 ABGB. Uprawnienie to wcale nie zakłada, by przedmiotem własności był również i słup powietrza.

Nie zadawala również koncepcja, łącząca oba poprzednio tu uwzględnione osobno elementy, mianowicie powietrze i przestrzeń. Możnaby bowiem przyjąć, że własność odnosi się do powietrza

---

[1] Wróblewski, Zarys wykł. pr. rz., t. I, str. 317 i nast.

[2] Zoll, Prawa rzeczowe na ziemiach polskich, cz. I, str. 20, Prawo cywilne w zarysie, nr 86, Prawo cywilne, t. I, Część ogólna, nr 135, str. 177.

[3] Krainz, Pfaff, Ehrenzweig, 3 wyd., § 83, str. 216 i nast.

[4] Por. Zoll, Prawo cywilne, Część ogólna, 1931, str. 179, uw. 2.

zawartego w przestrzeni, wznoszącej się pionowo nad gruntem, a więc w przestrzeni, zawartej między powierzchniami idealnemi, pionowo na granicach gruntu ustawionemi. Cóż, kiedy płaszczyzny te są tylko pomyślane i przestrzeń ta, prócz dolnej (t. j. powierzchni gruntu), fizycznych granic nie posiada, a zawarte w niej powietrze wciąż przepływa. Nie można zaś przyjąć dla prawa austrjackiego »przejściowej własności« (transient propriety), którą prawo anglosaskie przyznaje właścicielowi gruntu na zwierzynie łownej przez czas, jak długo zwierzęta na jego gruncie się znajdują.

Wszystkich tych trudności unika kodeks austrjacki w ten sposób, że operuje innem pojęciem rzeczy, niż panująca w prawie austrjackiem obecnie teorja. § 285 ABGB wprowadza następującą definicję ustawową rzeczy: »Wszystko, co się różni od osoby i służy do użytku ludzi, nazywa się rzeczą w znaczeniu prawnem«. Tak więc również i przestrzeń, pionowo nad gruntem się wznosząca, może uchodzić za rzecz w znaczeniu prawnem, gdyż spełnia podane powyżej warunki. Służy do użytku ludzi, gdyż można ją np. zabudować. Podpada też bez trudu pod ustawowe pojęcie przynależności z § 294 ABGB, a mianowicie jako r z e c z poboczna, bez której nie można używać rzeczy głównej. Niemożność zaś aljenacji kawałka słupa powietrza bez odpowiadającego mu kawałka gruntu, tłómaczy się bez trudności niemożnością odłączenia słupa powietrznego jako »rzeczy pobocznej«, »przynależności« od »rzeczy głównej« t. j. gruntu. Wogóle, spowodu uznania budynków i słupa powietrza za przynależność gruntu (§ 297 ABGB), dopuszczalne jest dzielenie własności nieruchomej tylko płaszczyznami pionowemi do powierzchni gruntu, a nie poziomemi. Toteż pokonanie myśli i brzmienia kodeksu austrjackiego w tym punkcie przez doktrynę prawa powszechnego nie było zmianą na lepsze.

Zasięg prawa własności nieruchomości wgłąb ogranicza prawo górnicze. Wedle art. 1 rozp. Prez. Rp. z 29. XI. 1930, nr 85. poz. 654, Dzu. Rp. (prawo górnicze), minerały tam wyliczone »podlegają woli górniczej, t. j. nie są związane z prawem własności właściciela gruntu«. Mimo niezbyt jasnego sformułowania tego przepisu należy wnosić, iż złoża wymienionych w art. 1 pr. górn. minerałów nie stanowią przynależności gruntu i nie stanowią przedmiotu »prawa własności«, dotyczącego samego gruntu. Tak więc własność doznaje tu ograniczenia nie dopiero z chwilą nadania przedsiębiorcy górniczemu t. zw. własności górniczej, t. j. wyłącznego

prawa poszukiwania i wydobywania minerałów w granicach swego pola górniczego (art. 70), lecz już z mocy samej ustawy nie rozciąga się na złoża minerałów wymienionych w art. 1. — Austr. ustawa górnicza z 23. V. 1854, nr 146 Dzpp. normowała kwestję tę podobnie, podkreślając w § 3, iż oznaczone minerały w złożach naturalnych zastrzeżone są panującemu do jego wyłącznej dyspozycji, zgodnie z tradycją germańską w tym względzie o zwierzchniczem prawie panującego nad złożami minerałów. Bez uzyskania upoważnienia od władz górniczych nie wolno było w myśl § 5 ani poszukiwać, ani wydobywać minerałów zastrzeżonych.

W kodeksie Napoleona przedmiotem własności są wedle art. 544 C. c. rzeczy (choses). W art. 544—577 rozróżnia ustawa francuska tylko rzeczy ruchome od nieruchomych, lecz o żadnych rzeczach niezmysłowych nie wspomina, przeciwnie w rozdziale (section II) o prawie przyrostu w odniesieniu do rzeczy ruchomych, silnie podkreśla materjalność tych rzeczy. Jednak w tytule I, ks. II, zatytułowanej: »O dobrach i różnych odmianach (modifications) własności«, znajdujemy w art. 526 postanowienie, że nieruchomościami są ze względu na przedmiot, do którego się odnoszą: 1) użytkowanie rzeczy nieruchomych, 2) służebności, 3) skargi, zmierzające do rewindykacji nieruchomości, zaś art. 529 uważa za ruchomości z postanowienia ustawy zobowiązania i prawa skargi (obligations et actions), mające za przedmiot sumy wymagalne lub efekty ruchowe (effets mobiliers), akcje lub udziały w spółkach finansowych, handlowych i przemysłowych i renty wieczne lub dożywotnie, a art. 543 mówi ogólnie, że na dobrach (biens) [a więc i na prawach wyżej wymienionych] można mieć bądź prawo własności, bądź zwykłe prawo korzystania (jouissance), bądź służebności gruntowe. A nadto spotykamy prawo własności na urzędach (notarjusze, agents de change, avoués, huissiers), traktowane zupełnie na wzór zwykłej własności, jak również własność przemysłową (propriété industrielle) na wynalazkach, wzorach i znakach towarowych, własność artystyczną i literacką (propriété artistique et littéraire) na dziełach literatury i sztuk plastycznych. Mimo tych wyrażeń nauka prawa francuskiego uznaje własność na rzeczach niezmysłowych (propriétés incorporelles, Colin-Cap. I, 719) za metaforę a przyjmuje, iż własność w znaczeniu technicznem istnieć może tylko na rzeczach zmysłowych (corporelles).

Tutaj znów obowiązującą ustawę zwyciężyło życie prawne.

Przechodząc do zakresu przestrzennego francuskiego prawa własności zaznaczyć należy, że art. 552 C. c. głosi lapidarną zasadę: »Własność ziemi pociąga za sobą własność nadziemia i podziemia« (du dessus et du dessous). Przepis ten umieszczono w dziale drugim zatytułowanym: »O prawie przybycia do tego, co się z rzeczą łączy i do niej wciela«. Tak więc prawo właściciela nieruchomości do nadziemia czyli słupa powietrza (dessus), ujmuje prawo francuskie jako prawo na przynależności gruntu. Ochrona zastrzeżonego dla właściciela monopolu używania nadziemia rozciąga się również na druty elektryczne, przeprowadzone ponad gruntem bez zezwolenia właściciela. Właściciel może bowiem zmusić sądownie przedsiębiorcę do usunięcia ich (Trib. paix. Lille, 15. XI. 1899, D. P. 1900, 2, 361, Bordeaux, 24. X. 1910, D. P. 1910, 2, 336). Nie może jednak zabronić przejazdu nad gruntem aeroplanów i balonów (Trib. civ. Seine, 10. VI. 1914, Gaz. Pal. 5—6. VII. 1914).

Colin i Capitant [1] uważają, że prawo wyłączne służy właścicielowi tylko na tej części atmosfery, która bezpośrednio dotyka ziemi i jest mu potrzebna do normalnej gospodarki, a nie sięga w wyższe kręgi atmosfery. Stanowisko to, choć podaje bardzo nieokreśloną i zmienną, zależnie od rodzaju gospodarki, granicę zasięgu monopolu właściciela gruntu, znajduje oparcie w brzmieniu ustawy francuskiej o prawie lotniczem z 31 maja 1924 (art. 19, ust. 2) [2].

Zasięg monopolu właściciela wgłąb ziemi nie ma określonych przestrzennie granic, lecz nie rozciąga się na złoża mineralne wbrew treści art. 552 C. c., ust. 3, odkąd ustawa z 21. IV. 1810 o kopalniach (sur les mines), stworzyła osobną własność górniczą (regale górnicze), niezależną od własności powierzchni, a nabywaną w drodze koncesji władz państwowych.

N i e m i e c k i k o d e k s c y w i l n y (BGB) zajmuje w sprawie przedmiotu prawa własności niecałkiem jasne stanowisko. W § 90 orzeka krótko, że rzeczami (Sachen) w rozumieniu prawa są tylko przedmioty zmysłowe (körperliche Gegenstände), a w § 903 i 904 mówi o właścicielu rzeczy (Eigentümer einer Sache), a więc zacieśnia własność do rzeczy zmysłowych. Tymczasem wedle § 96 prawa, połączone z własnością gruntu, uchodzą za części składowe tegoż

[1] T. I, str. 722; por. Planiol I, nr 2329, str. 718.

[2] Babiński Leon: Drogi i kierunki współczesnego prawa lotniczego Ruch praw. ekon. i socjol. r. X, zesz. I, str. 21.

gruntu, a więc są przedmiotem prawa własności, a w myśl § 1017 dziedziczne prawo budowy podlega przepisom, odnoszącym się do gruntów (Grundstücke). Tak więc, mimo brzmienia § 90, istnieje wedle AGB prawo własności na rzeczach niezmysłowych, a mianowicie na prawach.

Ważną zasadę, odnoszącą się do przestrzennego zasięgu prawa własności na gruntach, głosi § 905 BGB. »Prawo właściciela gruntu rozciąga się na przestrzeń ponad powierzchnią i na ziemię (Erdkörper) pod powierzchnią. Właściciel nie może (kann nicht) jednak zakazać oddziaływań, które przedsięwzięto w takiej wysokości lub głębokości, że nie ma żadnego interesu w ich wykluczeniu«.

W porównaniu do ustawy austrjackiej, która mówi o przestrzeni powietrza (Luftraum) i ustawy francuskiej, powiadającej całkiem neutralnie o tem, co jest powyżej powierzchni (le dessus), kodeks niemiecki twierdzi wprost: »prawo rozciąga się na przestrzeń ponad powierzchnią, nie wspominając nic o powietrzu. Z rozważań zamieszczonych przy odnośnem postanowieniu prawa austrjackiego widać, że takie tylko stanowisko jest mimo swej pozornej paradoksalności jedynie poprawne. Sama przestrzeń nad gruntem jest przedmiotem własności, mimo że nie jest rzeczą zmysłową, a nie powietrze nad nią przesuwające się jako materja lotna (gaz); przestrzeń ta stanowi sferę »wolności« właściciela chronioną przez prawo i ona też wraz z gruntem dzieli jego losy prawne.

Z powyżej przytoczonych słów ustawy widać nadto, że przepis ten sformułowano w ten sposób, że możnaby go uważać za ograniczenie iuris prohibendi, przysługującego właścicielowi. Ponieważ naszem zdaniem, które powyżej staraliśmy się uzasadnić, ius prohibendi co do prawa własności jest konstrukcją błędną, gdyż obowiązek szanowania sfery wyłącznego monopolu właściciela powstaje nie przez zakaz (prohibere) ze strony właściciela, który w tej kwestji jest obojętny, a ma znaczenie tylko dla dobrej lub złej wiary i związanych z nią kwestyj posiadania i zasiedzenia, oraz w sprawie winy przy dochodzeniu odszkodowania, a prawniczo ius prohibendi znaczyć może tylko sankcję bezwzględnego obowiązku szanowania cudzej sfery prawnej [1], a to w postaci prawa skargi właściciela, więc musimy przepis ten przetłómaczyć na nasz

[1] Por. Gołąb St.: Formy zdań prawnych w prywatnoprawnem oświetleniu, str. 25.

język. Oznacza on w każdym razie odmówienie sankcji, a więc zwykłej skargi negatoryjnej właścicielowi w wypadku wspomnianych w ustawie oddziaływań bardzo wysokich lub głębokich.

Musimy jednak rozważyć pytanie, czy przepis § 905 BGB nie zawiera nadto ograniczenia samej sfery wyłączności właściciela, t. j. czy nie znosi samego zakazu oddziaływania postronnych na przedmiot własności i przeciwnie, nie czyni ewentualnych zakazów właściciela bezpodstawnemi uroszczeniami, czynami bezprawnemi. Odpowiedź dadzą nam słowa »kann nicht«, użyte w powyższym §-fie. Oznaczają one zawsze wedle intencji autorów BGB wykluczenie skutków prawnych danego czynu, a nie wprowadzają zakazu tegoż. Stanie więc na tem, że jeśliby nawet przyjąć, że ogólny zakaz wkraczania w sferę cudzej własności odnosi się również do opisanych w tym przepisie oddziaływań, to w każdym razie brak mu sankcji zwykłej, t. j. uprawnienia właściciela do skargi negatoryjnej (brak ochrony), a natomiast niema ograniczenia sfery wolności właściciela. W razie sporu oczywiście pozwany, t. j. wkraczający musi wykazać brak interesu po stronie właściciela w wyłączeniu jego (pozwanego) oddziaływań.

Inaczej ma się rzecz z regale górniczem (ust pruska z 24. VI. 1865). Tu sama sfera wolności właściciela jest ograniczona, gdyż wydobywanie przez niego minerałów zastrzeżonych jest czynem bezprawnym, zagrożonym sankcjami

W prawie szwajcarskiem co do przedmiotu prawa własności znajdujemy przepis art. 655 ZGB w rozdziale o »Przedmiocie, nabyciu i utracie własności nieruchomości«, opiewający: »Przedmiotem własności gruntowej (Grundeigentum) są grunta (Grundstücke).

Gruntami w rozumieniu tej ustawy są:

1) nieruchomości (Liegenschaften),

2) samodzielne i trwałe prawa wpisane w księgę gruntową,

3) kopalnie«.

Nazwa »Grundstück« nabrała tu nowego znaczenia, różnego od spotykanego w języku potocznym, o czem w dalszym toku pracy będziemy musieli pamiętać. Skutkiem tego też prawo własności rozciąga się również na prawa takie, jak prawo budowy (Baurecht), prawo do źródła (Quellenrecht), różne prawa wodne, które poniżej przyjdzie omówić. Rzecz się ma zupełnie podobnie

jak w dawnem prawie germańskiem, gdzie własność na prawach była zupełnie uznaną instytucją [1].

O zasięgu przestrzennym własności, oczywiście nieruchomej, mówi art. 667 ZGB pod napisem: »Zakres (scil. własności gruntowej). Własność gruntu (Grund und Boden) rozpościera się wgórę i nadół na przestrzeń powietrza (Luftraum) i ziemię (Erdreich), jak daleko zachodzi interes w wykonywaniu własności.

Obejmuje z zastrzeżeniem granic ustawowych wszystkie budowy i rośliny jakoteż źródła«.

Łatwo przez porównanie z odnośnym przepisem niemieckim (§ 905 BGB) dochodzimy do wniosku, że prawo szwajcarskie ogranicza wymogiem interesu właściciela (zresztą niekoniecznie majątkowego, lecz jakiegokolwiek interesu prawnego np. naukowego lub estetycznego) [2] samą sferę »wolności« właściciela (I), a nietylko odmawia jej ochrony (II). Sam zakaz stawiany osobie postronnej przez właściciela, choćby nie dla szykany (art. 2, ust. 2 ZGB), jeśli brak interesu po jego stronie, stanowi nadużycie prawa własności, a więc czyn bezprawny (art. 679 ZGB) zagrożony sankcją z tegoż art. 679 ZGB

Kodeks szwajcarski mówi znów, taksamo jak austrjacki (§ 297 ABGB), a w przeciwieństwie do niemieckiego (§ 905 BGB) o przestrzeni powietrza (Luftraum), z czego wynikają te same co w tamtym wypadku trudnosci, lecz brak szerokiego ustawowego pojęcia rzeczy, analogicznego do § 285 ABGB, zmusza prawników szwajcarskich do uznania, że na przestrzeni powietrza, wbrew brzmieniu art. 667 ZGB, niema własności we właściwem znaczeniu [3].

Rozdział 2. Konstrukcja prawa sąsiedzkiego.

Z rozważań wstępnych (działu II) nad pojęciem prawa sąsiedzkiego wiemy, że odnosi się ono tylko do sąsiedztwa nieruchomości.

Samego stosunku sąsiedztwa nieruchomości nie należy mieszać ze stycznością dwóch lub więcej nieruchomości (bezpośrednie graniczenie). Sąsiedztwo bowiem zachodzi nietylko wówczas, gdy nieruchomości stykają się ze sobą bezpośrednio, lecz istnieje rów-

---

[1] Heusler, Institutionen t. I, 330, 336 i nast.
[2] Gmür, str. 157, nr 7.
[3] Gmür, str. 156.

nież mimo braku bezpośredniej styczności, gdy odległość ich umożliwia oddziaływania z jednego gruntu na drugi. Zaznaczamy nadto, że stosunek sąsiedzki jest, logicznie biorąc, nieprzechodni, t. j. z okoliczności, że nieruchomość A jest sąsiednią wobec nieruchomości B i nieruchomość B sąsiednią wobec C nie wynika, że nieruchomość A jest sąsiednią wobec C, gdyż najczęściej będzie odwrotnie, t. j. oddziaływanie będzie wykluczone. Nadto stosunek sąsiedztwa jest z punktu widzenia logiki symetryczny (wzajemny), to znaczy: jeśli nieruchomość A jest sąsiednią wobec nieruchomości B, to nieruchomość B jest sąsiednią wobec nieruchomości A.

Nie wymaga objaśnień twierdzenie, że również i stosunek styczności jest nieprzechodni i symetryczny (wzajemny). Symetryczność (wzajemność) i nieprzechodniość stosunku sąsiedzkiego ma znaczenie prawne, jak się to okaże niżej (por. str. 81).

Okaże się nadto, że niektóre przepisy prawa sąsiedzkiego odnoszą się tylko do bezpośredniej styczności gruntów, a inne również do sąsiedztwa pośredniego (np. styczności wymagają przepisy o urządzeniach granicznych, a przepisy o niedozwolonych oddziaływaniach dotyczą też sąsiedztwa pośredniego).

Jakże wobec scharakteryzowanej powyżej własności austrjackiej, francuskiej i niemieckiej oraz szwajcarskiej, przedstawiają się konstrukcyjnie przepisy prawa sąsiedzkiego?

Już z przeglądu historycznego widać z dostateczną wyrazistością, iż hipoteza nasza, że przepisy prawa sąsiedzkiego stanowią ograniczenia prawa własności ze względu na własność sąsiednią, nie jest bezpodstawna. Sfera wolności (I) kurczy się; pewnych dozwolonych zasadniczo czynności należy zaniechać, lub też powstaje obowiązek wykonania czynności, których w innych warunkach wolno równie dobrze zaniechać. Również i ochrona sfery wolności (II) doznaje ważnych wyłomów równocześnie z zakazem dozwolonych zresztą czynności (pati), lub też przez wprowadzenie współwłasności przekształca się zarówno sferę wolności (I), jak i ochronę (II) wraz z uprawnieniem rozporządzania prawnego rzeczą (III).

Chodzi więc o ograniczenia własności. Rzecz byłaby całkiem prostą — gdybyśmy mieli do czynienia z jednym typem własności. Cóż kiedy jest ich więcej.

Wobec własności austrjackiej i francuskiej, obejmujących zasadniczo nieograniczoną sferę wolności (I) i niewłączających w treść własności żadnego obowiązku, wszelkie przepisy powyższych ro-

dzajów należy uznać za samodzielne przepisy, modyfikujące w pewnym stopniu i kierunku treść własności gruntowej.

Co do konstrukcji prawnej takich przepisów niczego, rzecz jasna, a priori przesądzać nie można. To rzecz interpretacji w obrębie danego systemu obowiązujących przepisów prawnych. Tutaj rozważyć należy tylko szereg możliwości teoretycznych.

Przedewszystkiem unormowanie stosunku sąsiedzkiego może pozostawić ustawodawca umowie stron w całości, lub co do niektórych stron tego stosunku. Może wprowadzić przepisy, ustanawiające obowiązki właściciela wprost z ustawy z możnością innego uregulowania strony w drodze umowy (ius dispositivum), lub też udzielić ustawowym przepisem tylko uprawnienia-roszczenia sąsiadowi wobec właściciela, a więc uzależnić powstanie obowiązku właściciela od skorzystania z uprawnienia-roszczenia przez sąsiada.

Wreszcie ustawodawca może niektóre strony stosunku sąsiedzkiego unormować przepisami, których strony nie mogą prawnie uchylić odmienną umową (ius cogens), a wkońcu nawet przepisom takim nadać sankcje stosowane z urzędu.

Pojęcie prawa sąsiedzkiego.

Wszystkie te rodzaje przepisów i wszystkie strony stosunku sąsiedzkiego unormowane przez nie wchodziłyby w ten sposób w skład prawa sąsiedzkiego. Tak szerokie pojęcie, złożone z najróżniejszych formalnie i treściowo przepisów prawnych, nie nadaje się z pewnością na pojęcie naukowe[1]. Mamy zamiar wyłączyć zeń wszystkie składniki, uniemożliwiające nam uzyskanie jednolitego kryterjum prawa sąsiedzkiego, któreby pozwoliło wydzielić jednolitą formalnie dziedzinę przepisów prawnych.

A więc przedewszystkiem przepisy publicznoprawne.

Rozróżniwszy w dziale I, rozdział 2, dziedzinę prawa prywatnego od publicznego, zamierzamy ograniczyć nasze rozważania nad prawem sąsiedzkiem do sfery prywatnoprawnej. Wymaga to kilku słów usprawiedliwienia. Wprowadziwszy na początku działu II prowizoryczne określenie prawa sąsiedzkiego jako ogółu przepisów, dotyczących sąsiedztwa nieruchomości, nie czyniliśmy żadnych takich zastrzeżeń. Ograniczenie obecnie wprowadzone (i kilka dalszych poniżej) wypływają z metodologicznego przekonania o bez-

[1] Por. Petrażycki: Wstęp do nauki prawa i moralności, tł. Jerzy Lande, str. 56—99.

wartościowości naukowej zbiorów różnorodnych, »klas pozornych« w terminologji Petrażyckiego (Wstęp do nauki moralności i prawa, tł. Jerzy Lande, str. 80), mixtum compositum. Teorję naukową można zbudować tylko dla jednorodzajowych przedmiotów.

W ten sposób wyłączamy z naszego pola badań liczne bardzo, lecz nie wszystkie, przepisy budowlane, drogowe, elektryczne, lotnicze, wodne i przemysłowe, a nadto karne przepisy, dotyczące stosunku sąsiedzkiego np. art. 190 § 1 k. k. polskiego z r. 1932 o ochronie znaków granicznych, art. 215 o sprowadzaniu niebezpieczeństwa pożaru, zalewu lub zawalenia się budowli, art. 216 o sprowadzaniu niebezpieczeństwa przez użycie materjałów wybuchowych lub łatwopalnych albo gazów, oraz często stosować się dający, w wypadku bezprawnych oddziaływań szkodliwych, przepis art. 263 o uszkodzeniu cudzego mienia lub uczynieniu go niezdatnem do użytku.

Lecz również zakres, utworzony z wszystkich prywatnoprawnych przepisów, dotyczących sąsiedztwa nieruchomości, wydaje się nam za szeroki. Obejmowałby bowiem również służebności gruntowe, gdyż te wynikają, jak wiadomo, z gospodarczych przedewszystkiem potrzeb sąsiadujących ze sobą nieruchomości. Nie uważamy za wskazane, z metodycznych względów, włączać w zakres prawa sąsiedzkiego dziedzinę o tak specyficznej i wyraziście określonej strukturze, jaką są od czasów rzymskich służebności gruntowe. Cóż różni powiedzmy służebność niezabudowania gruntu B, ciążącą na rzecz sąsiedniego gruntu A, od zakazu zabudowania pewnego pasa wzdłuż granicy sąsiada, często spotykanego w dawnych i nowszych przepisach. Oczywiście tylko podstawa obowiązywania tegoż zakazu w konkretnym wypadku. W pierwszym wypadku (służebność) podstawą bezpośrednią obowiązywania odnośnego zakazu jest umowa stron, a w drugim obowiązek powstaje wprost z ustawy. Oczywiście wyrażenie »bezpośrednio z ustawy« należy rozumieć tutaj tylko w ten sposób, że w stanie faktycznym przepisu nie wymieniono wśród warunków powstania obowiązku żądania ze strony sąsiada, a więc czysto negatywnie.

Na tej też podstawie zacieśnimy nasze pojęcie prawa sąsiedzkiego do *przepisów prawnych, ustanawiających obowiązki niezależnie od umowy lub innej czynności prawnej, a dotyczące stosunku sąsiedzkiego nieruchomości i to pod sankcją, skierowaną wprost na wy-*

pełnienie danego obowiązku. Włączyć tu należy prócz obowiązków, wprost z ustawy wypływających, również i wypadki, gdzie powstanie obowiązku wiąże ustawa dopiero z podniesieniem odpowiedniego roszczenia po stronie uprawnionego, gdyż wypadki te tylko bardzo nieznacznie odbiegają od przepisów, wedle których obowiązek powstaje wprost z chwilą wydania odnośnego przepisu, nakładającego na jednych obowiązek, a udzielającego innej osobie względnie osobom równocześnie roszczenia i prawa skargi, jako sankcji tegoż. Natomiast usuwamy poza obręb prawa sąsiedzkiego wszystkie przepisy prawne, nakładające obowiązki pod sankcją obowiązku wynagrodzenia szkody i przepisy, operujące sankcjami w postaci kar.

Okaże się w ciągu tej pracy, że przepisy tak określonego prawa sąsiedzkiego dają się teoretycznie skonstruować jako dział t. zw. ograniczeń prawa własności nieruchomej [1].

Możliwości konstrukcyjne.

Rozważamy tutaj, uprzedzając ten wynik, możliwości konstrukcyjne, otwierające się dla przepisów prawa sąsiedzkiego wobec różnych typów własności, które sformułowaliśmy powyżej.

Dla własności o zasadniczo nieograniczonym zakresie wolności przepisy prawa sąsiedzkiego, ustanawiające pewne obowiązki właściciela ze względu na grunt sąsiedni, muszą się przedstawiać jako ograniczenia własności. Najprostszym wypadkiem byłby zakaz lub nakaz pewnych czynności ze względu na grunt sąsiedni. Często jednak ustawa zakazuje tylko »wykonywania prawa własności«, zaznaczając tem samem, że samo prawo własności pozostaje nieograniczone (§ 364 ABGB). Pytanie, czy to tylko słowna różnica, czy coś więcej. Otóż ustawy, które nie deklarują zasady nieograniczonej własności, przyjmują domniemanie nieograniczoności własności (§ 903 BGB i art. 641 ZGB). Dlatego też również i w tych ustawodawstwach wraz ze zniesieniem przepisu, zakazującego pewnych czynności, wolność udzielona przez »prawo« własności rozszerza się taksamo, jak w ustawodawstwach, ograni-

---

[1] Całkiem odosobnione stanowisko zajmuje D. Kornitzer, który łączy prawo sąsiedzkie z ochroną posiadania (Nachbarrecht und Besitzesschutz Öst. Zentralblatt für die juristische Praxis hg. von Dr Leo Geller, t. XXXI, 1913, str. 365—370 i Zur Theorie des österr. Nachbarrechtes, Wiener Zeitschrift XXII, str. 625 i nast.).

czających samo »wykonywanie« prawa własności, wraca ono wraz ze zniknięciem odnośnego przepisu, ograniczającego »wykonywanie«, do pierwotnej pełni (t. zw. elastyczność prawa własności). Różnica ta ma więc znaczenie tylko w dziedzinie roszczeń sąsiedzkich i w kwestji samodzielności przepisów prawa sąsiedzkiego (str. 90/1). Przepisy sąsiedzkie są ograniczeniami obu typów własności.

A więc może być przedewszystkiem nakaz lub zakaz pewnych czynności w stosunku do gruntu sąsiedniego. Powstaje stąd z jednej strony obowiązek właściciela, a więc odnośne czynności przestają należeć do sfery wolności. W wypadku, gdy zakaz dotyczy wykluczenia oddziaływań osób trzecich na przedmiot własności (zakaz zakazu, typ pati), skarga negatoryjna nie służy co do tych oddziaływań właścicielowi, gdyż również i ochrona »wolności« zapomocą ogólnego zakazu nienaruszania monopolu właściciela (wraz z połączoną z zakazem tym sankcją skargi negatoryjnej), doznaje wyłomu w kierunku wskazanym w powyższym zakazie. Tem samem uprawnienie do działań prawnych (III), dotyczących przedmiotu własności, obejmuje odpowiednio zmniejszoną sferę wolności (I) i ochronę jej (II). Gdy nakaz lub zakaz są zwykłej formy facere (nakaz) czy też non facere (zakaz), wówczas dotykają bezpośrednio tylko sfery wolności właściciela (I) a ochrony własności (II) niczem nie modyfikują. Tyle po stronie w ł a ś c i c i e l a.

Przyjmijmy obecnie, że rozważany nakaz lub zakaz posiada sankcję, powołującą organ związku przymusowego (dla uproszczenia: organ państwowy) do wymierzania jej lub dochodzenia jej skargą, gdy postępowanie jest skargowe. Sąsiadowi wówczas nie przysługuje prawo skargi wobec właściciela. Mamy przed sobą przepis publicznoprawny.

Lecz istnieje i dalsza możliwość. Nakaz lub zakaz, jak powyżej, wywołujący te same modyfikacje »prawa« własności po stronie właściciela, lecz zaopatrzony sankcją, którą stosuje się na skutek skargi pokrzywdzonego sąsiada. Tutaj mamy przed sobą normę prywatnoprawną. W tym typie da się rozróżnić dwa możliwe podgatunki. Można bowiem przyjąć wytworzony nakazem lub zakazem ustawy obowiązek właściciela za rzecz główną, a roszczenie sąsiada i ewentualne prawo skargi, jemu przysługujące, za prostą konsekwencję obowiązku. Wówczas możemy przepisy tego typu konstruo-

wać jako ustawowe ograniczenia własności, quasidelikty czy też jako przepisy, zapobiegające nadużyciu prawa. Lub też można położyć akcent na roszczeniu i ewentualnem prawie skargi przyznanem przez przepis tego rodzaju sąsiadowi, a uznać odpowiadający mu obowiązek właściciela za konsekwencję roszczenia. Wtedy łatwo dochodzimy do koncepcji służebności ustawowych lub stosunku quasi-umownego. Za służebności legalne uważano przepisy prawa sąsiedzkiego na terenie Rzeszy niemieckiej, pod panowaniem t. zw. modernus usus Pandectarum, a juryści francuscy od czasów Pothiera (1695—1772), zwykli je uznawać za zobowiązywania quasi-umowne.

Jest jeszcze trzecia możliwość: zakaz względnie nakaz nie przepisuje wprost właścicielowi pewnych czynności lub zaniechań, lecz tylko na wypadek, gdy sąsiad ich od niego zażąda, a więc łączy powstanie obowiązku właściciela dopiero z odnośnem żądaniem sąsiada. Przepis taki nietylko stosowanie sankcji uzależnia od skargi uprawnionego sąsiada, lecz również i powstanie samego obowiązku, sankcją zaopatrzonego. Dlatego uważamy ten typ przepisu za bardziej prywatnoprawny, jeśli wolno używać takiego stopniowania, niż poprzednio co dopiero opisany, który możnaby, ze względu na występujący w nim wyraźny nakaz lub zakaz, uważać za formę nieco zbliżoną do prawa publicznego.

Czwartego rodzaju przepisów, w których powstanie obowiązku właściciela wobec sąsiada — łączy ustawa z umową stron lub też z jednostronną czynnością prawną samego właściciela, a więc typowych przepisów prywatnoprawnych nie włączamy do prawa sąsiedzkiego i dlatego wzmianka ta ma uzmysłowić tylko różne typy przepisów prywatnoprawnych. O powstaniu obowiązków sąsiedzkich ze swoistego zdarzenia prawnego, zwanego zasiedzeniem lub przedawnieniem nabywczem, będzie mowa (dział IX, rozdział 2, Zmiana i zniesienie obowiązków z prawa sąsiedzkiego wynikających).

We wszystkich powyższych wypadkach, obowiązek właściciela nie wchodzi w skład »prawa« własności, gdyż rozważamy obecnie typ własności zasadniczo nieograniczonej. Dlatego też i roszczenie odpowiednie sąsiada nie wchodzi w skład jego własności, a opiera się tylko na samym stosunku sąsiedzkim, bądź też na pewnych dalszych warunkach, prócz sąsiedztwa samego. W dalszym toku pracy przekonamy się, że przepisy prawa sąsiedzkiego nawet w ustawodawstwach o nieograniczonej zasadniczo własności są przepisami

opartemi o przepisy, normujące własność, t. j. że stany faktyczne przepisów prawa sąsiedzkiego zawierają, prócz innych dodatkowych, również i stany faktyczne przepisów o własności (fundierte Tatbestände Schreiera) [1].

Przechodząc do typu własności zasadniczo ograniczonej, musimy w nim rozróżnić między własnością ograniczoną, lecz nie obejmującą żadnych obowiązków właściciela z tytułu jego własności, a z drugiej strony własnością nietylko ograniczoną zasadniczo co do treści i zakresu udzielonej wolności, lecz obejmującą w swym składzie różnego rodzaju obowiązki właściciela.

W obrębie pierwszego rodzaju ograniczonej własności, różnica w stosunku do zasadniczo ograniczonej własności jest tylko konstrukcyjna, gdyż zasadę nieograniczoności zastępuje zwykle domniemanie wolności własności.

Głęboka różnica zachodzi jednak w obrębie drugiego rodzaju ograniczonej własności, zawierającej w swym składzie również i obowiązki. Gdy bowiem zakaz lub nakaz prawa sąsiedzkiego ustanawia obowiązki takie w stosunku do sąsiada, obowiązki te wchodzą w treść własności nietylko właściciela, lecz wobec wzajemności stosunku sąsiedzkiego (symetrja) w treść własności sąsiada wchodzi odpowiednie roszczenie (i oczywiście analogiczny obowiązek względem właściciela). Dlatego też sąsiad dochodzi swego roszczenia wobec właściciela skargą opartą na własności, przedewszystkiem skargą negatoryjną. Zresztą powtarzają się tu analogicznie wszystkie typy przepisów, z których pierwszy (publicznoprawny) i ostatni (czynności prawne) wyłączamy, przyjmując tylko drugi i trzeci w zakres prawa sąsiedzkiego.

Mówiliśmy powyżej wciąż o nakazach lub zakazach, które wytwarzają obowiązki i roszczenia prawa sąsiedzkiego.

Typy przepisów.

Przypatrzmy się, jakie skutki prawne tego rodzaju nakazy i zakazy prawne wywołują w obrębie »prawa« własności, gdy uwzględni się nadto różne typy nakazów i zakazów (p. dział I).

A) Wiemy już, że »prawo« własności typu pierwszego stanowi tylko sferę wolności bez obowiązków (I), chronioną zakazem ogólnym skierowanym do wszystkich osób, podległych danemu

---

[1] Por. Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, str. 97—102.

porządkowi prawnemu, niewkraczania w monopolistyczną sferę wolności właściciela i uprawnieniem tegoż do skarg w obronie własności (II), oraz uprawnienie rozporządzania prawnego przedmiotem własności (III).

Sfera »wolności« polega na tem, że zasadniczo jakąkolwiek czynność pozytywną weźmiemy pod uwagę, odnoszącą się do przedmiotu własności, to właścicielowi »wolno« ją wykonać lub powstrzymać się od jej wykonania. Sytuacja ulega zmianie, gdy wydano przepis (nakaz) typu non facere, odnoszący się do pewnego rodzaju czynności [1]. Wówczas powstaje dla właściciela obowiązek zaniechania tego rodzaju czynności. »Wolność« znika, gdyż możliwość wykonania takiej czynności prawnie już nie istnieje, a pozostaje tylko jako faktyczna możność dokonania bezprawia. Prawo łączy z daną sytuacją tylko zaniechanie danego rodzaju czynności i to jako obowiązek. W ten sposób skutkiem nakazu non facere kurczy się sfera »wolności« właściciela o dany rodzaj zakazanych czynów. W obrębie ochrony (II) i uprawnienia do działań prawnych (III), żadne nie zachodzą zmiany przez wydanie nakazu nieczynienia (non facere) pod adresem właściciela. Zaniechanie obowiązkowe nastąpić ma ze względu lub dla korzyści sąsiada. Gdy przepis jest prywatnoprawny, sąsiad nabywa z przepisu takiego roszczenie wobec właściciela o zaniechanie czynów danego rodzaju i uprawnienie do dochodzenia drogą wniosku czy też skargi skutków prawnych (sankcji), naruszenia obowiązku przez właściciela. Ani roszczenie to ani uprawnienie do skargi, nie wchodzą w skład własności sąsiada, lecz opierają się wyłącznie na przepisach sąsiedzkich.

Podobnie rzecz się ma, gdy wydano nakaz wykonywania pewnego rodzaju czynów (facere). Z dawnej wolności właściciela wykonania lub powstrzymania się od tych czynności pozostaje tylko jedna możliwość prawna, t. j. wykonanie ich i to jako obowiązek. Sąsiad zaś nabywa roszczenie o wykonanie tych czynności przez właściciela i uprawnienie do dochodzenia roszczenia swego drogą skargi, przeciw właścicielowi. Zresztą sprawa przedstawia się taksamo jak powyżej dla nakazu non facere. Rzecz się zmienia,

---

[1] Przepisów prawnych, wydanych dla danego jednorazowego czynu konkretnego oznaczonej osoby w danej sytuacji, ściśle określonej, nie rozważamy, dostosowując się w tem do ogólnie sformułowanych przepisów współczesnych ustawodawstw prywatnoprawnych.

gdy wydano pod adresem właściciela nakaz znoszenia (pati) oddziaływań ze strony sąsiada. Tutaj kurczy się w pierwszym rzędzie nie »wolność« właściciela (I), lecz ochrona własności (II). Ogólny zakaz oddziaływania na przedmiot cudzej własności bez zgody właściciela, doznaje wyłomu co do danego rodzaju oddziaływań. Sąsiadowi wolno je przedsięwziąć, a właściciel traci co do nich skargę negatoryjną wobec niego (sąsiada). Nazywa się to zwykle ograniczeniem iuris prohibendi właściciela, coś jakby zakazem zakazywania sąsiadowi oddziaływań. Nie jest to ujęcie ścisłe, gdyż obowiązek sąsiada nieoddziaływania na przedmiot własności nie powstaje przez zakaz ze strony właściciela, tylko skutkiem obowiązywania ogólnego zakazu oddziaływania bez zgody właściciela na przedmiot jego własności, a więc może tylko przestać istnieć przez zezwolenie właściciela na oddziaływanie, a nie może powstać przez zakaz oddziaływania z jego strony.

Niewątpliwie z usunięciem zakazu (II) i skargi negatoryjnej, służącej właścicielowi co do danego rodzaju oddziaływań na własność ze strony sąsiada, łączy się również ograniczenie sfery »wolności« w tym kierunku, że wszelkie czynności właściciela, zdążające do przeszkodzenia czynnościom sąsiada, z których oddziaływanie na własność powstaje, są zakazane. Jest to jednak prosta konsekwencja ograniczenia ochrony własności, przełamania w pewnym kierunku monopolu właściciela. Konsekwencja ta często idzie jeszcze dalej. Nietylko bezprawiem są czyny właściciela, zmierzające do przeszkodzenia czynnościom sąsiada, z których oddziaływanie powstaje t. j. do przeszkodzenia przyczynie oddziaływań [1], lecz również zakazane są wszelkie czynności właściciela, mające na celu usunięcie samego oddziaływania na własność ze strony sąsiada (skutku) [2].

Takie wypadki są najbardziej charakterystyczne dla przepisów typu pati (nakazów znoszenia) i najczęstsze, jednak pierwsze z wymienionych ograniczeń »wolności«, wypływających z ograniczenia ochrony własności wystarcza, by stwierdzić, że przepis dany należy do tego typu.

Nakaz znoszenia wystosowany do właściciela, uposażonego we własność typu bezobowiązkowego, wytwarza po stronie sąsiada

---

[1] Np. odwadnianiu gruntu wyższego i skierowaniu odpływu wody na grunt niższy.

[2] Np. przez wybudowanie muru na granicy, wstrzymującego odpływ wody (art. 690 ZGB).

roszczenie do właściciela, nieoparte na jego własnem prawie własności, tylko na specjalnym przepisie sąsiedzkim i takież uprawnienie do skargi w razie naruszenia obowiązku znoszenia przez właściciela.

B) Inaczej działają nakazy czynienia, zaniechania i znoszenia wobec własności, zawierającej obowiązki (własności drugiego typu). Powstające bowiem po stronie właściciela obowiązki czynienia i zaniechania wchodzą w skład jego własności, równie dobrze jak ograniczona niemi »sfera wolności«, a po stronie sąsiada właściciela, jeśli przepis ustanawia nakazy te na rzecz właściciela sąsiadującego gruntu, następuje wobec wzajemności (symetrji) stosunku sąsiedzkiego włączenie odnośnego roszczenia i uprawnienia do skargi w zakres »prawa własności«. Sąsiad dochodzi więc obowiązków facere i obowiązków non facere właściciela zapomocą skargi z tytułu swej własności.

Nakaz znoszenia wytworzy w tym typie własności z jednej strony wyłom w ochronie własności, wraz z wypływającym z niego zakazem przedsięwzięcia przez właściciela czynności, zdążających bądź a) do przeszkodzenia działaniom sąsiada, z których powstaje oddziaływanie na własność, bądź b) do przeszkodzenia samym tym oddziaływaniom. Zakazy te (a i b) wchodzą tu w skład własności właściciela, a odpowiadające im roszczenie sąsiada i uprawnienie do skargi, są również częścią składową jego »prawa« własności. W tej samej mierze w jakiej skurczyła się ochrona właściciela, rozszerzyła się z drugiej strony własność sąsiada.

Prócz omówionych powyżej typów przepisów sąsiedzkich 1) facere i 2) non facere, zmieniających tylko zakres »wolności« właściciela i 3) nakazów znoszenia (pati), napotykamy nadto jeszcze na 4) przepisy, wprowadzające współwłasność sąsiadów z ustawy, przez co zarówno sfera »wolności« każdego ze współwłaścicieli doznaje zmiany, jak i ochrona (II), oraz uprawnienia do rozporządzania przedmiotem (właściwie wolnością i ochroną) pod względem prawnym (III), oraz na 5) przepisy prawne, uprawniające sąsiada do czynności jednostronnych, wywołujących jako skutek prawny, wprost z ustawy płynący, utratę własności po stronie właściciela (Gestaltungsrechte [1], wywłaszczenie prywatnoprawne), przez co skład-

---

[1] Andreas v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, t. I, str. 160/2.

nik III »prawa« własności, a więc uprawnienie do rozporządzania własnością, służące właścicielowi, zostaje wobec sąsiada przekreślone, często nawet bez równoczesnego powstania obowiązku odszkodowania właściciela przez sąsiada.

W dalszym ciągu rozpatrywać będziemy prawo sąsiedzkie w nieco innym porządku, od przepisów najmniej ograniczających »prawo« własności, do powodujących zupełne jego zgaśnięcie po stronie dotychczasowego właściciela, a więc:

1) nakazy zaniechania (non facere),
2) nakazy znoszenia (pati),
3) nakazy czynienia (facere),
4) przepisy o współwłasności sąsiedzkiej,
5) przepisy o sąsiedzkiej utracie własności.

CZĘŚĆ DRUGA.

Dział IV. Nakazy zaniechania (non facere).

Wstęp.

Nadużycie prawa i szykana.

Wstęp ten nie należy właściwie do prawa sąsiedzkiego, gdyż nie podpada pod nasze pojęcie tego prawa, chroni nietylko sąsiada, lecz wszystkich niewłaścicieli przed właścicielem danej rzeczy (pomijając już inne prawa podmiotowe), lecz zawdzięcza swe powstanie stosunkom sąsiedzkim, odzwierciedlonym w smutnej maksymie glossatorów: »Vicinus vicino lupus« i główne pole zastosowania ma w naszej dziedzinie.

Różnie ustosunkowały się do szykany ustawodawstwa współcześnie obowiązujące.

W kodeksie cywilnym dla zachodniej Galicji z 13. II. 1797 zawierał się w rozdziale o służebnościach § 255, uprawniający do żądania w drodze sądowej znoszeń i zaniechań korzystnych dla drugiego a nieszkodliwych dla znoszącego, względnie wstrzymującego się od działania, a to na podstawie praw naturalnych, bez specjalnej służebności. Poczem następował zwrot: »Ustawa nie popiera ani zawiści, ani radości z cudzej szkody«. (Das Gesetz begünstiget weder Neid noch Schadenfreude). Odnośnego przepisu

brak w kodeksie austrjackim (ABGB). Usunięto go, idąc za prądem liberalizmu, który wolność jednostki wysunął na plan pierwszy, a prawu przyznawał tylko rolę gwaranta i stróża jej wolności. Powstał wówczas wśród prawników austrjackich spór, czy mimo milczenia ustawy w tym punkcie, zakaz szykany obowiązuje w prawie austrjackiem, czy nie. Schuster [1], Nippel [2], Stubenrauch [3] i Unger [4] przekonywująco głosili, że zakazu takiego prawo austrjackie nie zna, a Winiwarter [5] starał się uzasadnić przeciwieństwo. Pierwsi powoływali się przedewszystkiem na brzmienie § 1305 ABGB z przed noweli III, § 155 (rozp. ces. z 19. III. 1916, nr 69 dzpp.): »Kto czyni użytek ze swego prawa w granicach prawnych, nie odpowiada za szkodę, wynikającą stąd dla drugiego«, nie widząc często wyraźnego petitio principii zawartego w tym argumencie, rzecz bowiem cała w tem, dokąd sięgają owe »granice«. Mówiono też wiele o niemożności udowodnienia zamiaru szykany bez wprowadzenia domniemań ustawowych, gdyż interes prawny często jest niemajątkowym, trzebaby chyba oczekiwać przyznania się szykanującego, że powoduje nim wyłącznie chęć dokuczenia, czy też zaszkodzenia drugiemu [6]. Wskazywano również na to, że jest prawnie anomalją, by ta sama czynność, przez tę samą osobę, w takich samych warunkach prawnych i faktycznych podjęta, raz była prawnie zakazaną, innym zaś razem nie — a to zależnie od nieuchwytnych dla sędziego pobudek czynu. Krainz oświadczał się jasno za dopuszczalnością prawną działań szykanujących [7], jeśli w niczem nie sprzeciwiają się prawu objektywnemu [8] i rozróżniał między nadużyciem prawa, które da się stwierdzić objektywnie, a szykaną, polegającą na subjektywnych pobudkach nieistotnych dla prawa. Mimo to w miarę cofania się fali liberalizmu przed nowemi prądami społecznej sprawiedliwości i społecznych obowiązków, zasada rzymska »qui suo iure utitur neminem laedit«, którą Leibniz [9] uważał za tautologję, doznawała coraz więcej wyłomów, przede-

[1] Baurecht, cap. 44.
[2] Das bürgerliche Gesetzbuch, t. 3, str. 302.
[3] Commentar, 2 wyd., t. 1, str. 481.
[4] System, t. 1, str. 616.
[5] Das öst. bürg. Recht, 2 wyd. str. 119.
[6] Schuster, l. c., str. 90.
[7] Krainz, Pfaff, Ehrenzweig, 4 wyd. 1905, t. 1, § 56, str. 151, §§ 56 i 192, uw. 25, str. 545/6.
[8] l. c. § 138, uw. 29, str. 384/5.
[9] Nouv. essays, 4 ks,, ust. 8, tłom. Cassirer, str. 513.

wszystkiem w tym kierunku, że wprowadzono odpowiedzialność za szkodę zrządzoną nadużyciem swego prawa, a to bądź w drodze ustawodawczej (odpowiedzialność kolei za szkody wywołane ruchem, odpowiedzialność za szkody górnicze), bądź przez orzecznictwo (szczególnie charakterystyczne O z 7. IV. 1908, Zb. XIV, 5694).

Dopiero nowela III w § 154 wprowadziła ustęp 2 § 1295 ABGB, postanawiający:

»Również kto wyrządza rozmyślnie szkodę w sposób, wykraczający przeciw dobrym obyczajom, jest za to odpowiedzialny, ale jeśli to stało się w wykonywaniu prawa, odpowiada tylko wtedy, gdy wykonywanie prawa miało widocznie (offenbar) na celu wyrządzenie szkody drugiej osobie«.

Przepis ten dotyczy tylko odszkodowania, można więc w takim wypadku żądać w miejsce § 1323 ABGB przedewszystkiem p r z y w r ó c e n i a d o p o p r z e d n i e g o s t a n u, a ewentualnie wynagrodzenia pieniężnego w pełnej wysokości, obejmującej również utracony zysk, gdyż odpowiedzialność ma tu zawsze za warunek zły zamiar uszkadzającego (§ 1324 ABGB). Dlatego też należy powitać z zadowoleniem O. Plen. izby III S. N. w Warszawie z 16. X. 1926, R. 441/26, OSP VI, 102, które w motywach idzie za niestosowanym zwykle w orzecznictwie sądów przepisem § 1323 ABGB, wprowadzającym jako pierwszy sposób odszkodowania przywrócenie do poprzedniego stanu, a dopiero posiłkowo wynagrodzenie pieniężne (należałoby w konkretnym wypadku, rozstrzygniętym tem orzeczeniem, mówić nie o udzieleniu zezwolenia (lokatorowi przez właściciela domu) na założenie w wynajętem mieszkaniu telefonu, lecz o cofnięciu przez niego zakazu, wiemy jednak z działu I, że pozwolenie, to właściwie nic innego, jak cofnięcie zakazu).

Przepis noweli III (§ 154) wprowadza odpowiedzialność za szkodę w razie czynności, dokonanej przez uprawnionego do niej, jeśli ten 1) umyślnie (dolus) wyrządził szkodę drugiemu, 2) w sposób, wykraczający przeciw dobrym obyczajom i 3) gdy wykonanie prawa miało widocznie na celu wyrządzenie szkody drugiej osobie. Wszystkie 3 warunki muszą zachodzić, by można dochodzić swej szkody.

Zaznaczyć należy, że moralność, społecznie uznaną za obowiązującą, włączono tu w obręb prawa [1] w ten sposób, że wszystko,

---

[1] Wyraźnie głosi zasadę harmonji między prawem a moralnością

co sprzeciwia się »dobrym obyczajom«, a więc moralności przyjętej w danem społeczeństwie — jest w razie umyślnego wykonania czynu również bezprawiem [1].

Nie wymaga ustawa austrjacka, by czynność zmierzała wyłącznie do wyrządzenia szkody drugiej osobie, wystarcza, że widocznie (offenbar) zmierza do tego celu, choćby szykanujący zdążał czynem swym również do zaspokojenia jakiegoś własnego interesu prawnego natury majątkowej czy innej. Projekt komisji austrjackiej Izby Panów zawierał w § 221 słowa: »lediglich den Zweck haben konnte« za wzorem § 226 BGB, a dopiero nowela III w § 154 (rozp. ces. 19. III. 1916, Dzpp. nr 69), zmieniła w tym punkcie brzmienie projektu § 1295, ust. 2 ABGB na »offenbar den Zweck hatte« [2].

Przepis ten nazywają często »zakazem szykany«. Rozważmy, czy słusznie. W brzmieniu § 1295, ust. 2 ABGB zakazu żadnego pozornie niema. Łączy się z pewnym stanem faktycznym, dość szczególnym, bo polegającym na szczególnym rodzaju wykonania swego »prawa«, pewne skutki prawne, mianowicie obowiązek odszkodowania, nałożony na uszkadzającego.

Nie nabywa natomiast poszkodowany uprawnienia do skargi o zaniechanie dalszych uszkodzeń na wzór petitum skargi negatoryjnej (anal. § 523 ABGB). Przepis ten nie należy więc do prawa rzeczowego, a oczywiście również i do prawa sąsiedzkiego w naszem rozumieniu. Jest to jednak tylko różnica sankcji.

Nie można bowiem przyjąć, by wykonywanie »prawa« było dozwolonem w tym nawet wypadku, gdy z niego powstaje obowiązek wynagrodzenia szkody, zrządzonej tym czynem. A to nietylko dlatego, że w myśl § 155 noweli III, dodano w § 1305 ABGB po słowach »w granicach prawnych«, w nawiasie: »§ 1295, ust. 2«, czem wyraźnie podkreślono, że wykonanie prawa, opisane w tym

---

sprawozdanie komisji prawniczej Izby Panów z czerwca 1912. (Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB 78 der Beilagen zu den sten. Protokollen des Herrenhauses XXI Session 1912, str. 258.)

[1] Np. swawolne wniesienie rewizji beznadziejnej w sporze cywilnym. (Orz. Izby III SN w Warszawie z 21. VI. 1927, Rw. 880/27, OSP VII. 17).

[2] Verordnungsblatt des kk. Justizministeriums, XXXII Jahrgang, Stück VI, str. 118/9.

ostatnim przepisie wykracza poza granice prawa, a więc jest czynnością bezprawną, lecz nadto dlatego, że szkoda i obowiązek odszkodowania, w myśl § 1294 ABGB, powstaje z czynności bezprawnej (lub przypadku), czynności zaś bezprawne dzielą się po myśli § 1295 ABGB na naruszania stosunku obowiązkowego i na delikty [1], zaczem szykanę uznaćby przyszło za delikt, porzucając dla prawa austrjackiego konstrukcję stosunku sąsiedzkiego jako quasi kontraktu, jako zbędną, sztuczną i nieznajdującą oparcia w ustawie — lecz przedewszystkiem z tego powodu, że zasadniczo wszędzie, gdzie mamy do czynienia z sankcją, musimy przyjąć (w myśl imperatywnej teorji prawa) nakaz lub zakaz, którego przekroczenie, t. j. dla nakazu czynienia (facere) zaniechanie wykonanej czynności, a dla zakazu czynienia (non facere) wykonanie zakazanej czynności — jest warunkiem koniecznym dla zaistnienia obowiązku, przepisanego sankcją.

Terminu prawo (scil. podmiotowe) używaliśmy powyżej, idąc za ustaloną w tym względzie tradycją dla oznaczenia przedmiotów, stanowiących sferę »wolności«, t. j. czynów nienakazanych ani niezakazanych, a niewywołujących skutków prawnych, lub stanowiących uprawnienia do czynów związanych ze skutkami prawnemi, lub też składających się z obu powyższych elementów.

W ten sposób osiągamy wynik, iż istotnie mamy w prawie austrjackiem »zakaz szykany«, zabraniający używania swych praw podmiotowych w określonych warunkach: 1) dla umyślnego wyrządzenia drugiemu szkody (moment subjektywny); 2) w sposób, wykraczający przeciw dobrym obyczajom (moment oceny etycznej); 3) gdy czynność, stanowiąca wykonanie prawa, ma widocznie na celu wyrządzenie szkody drugiemu (moment objektywny) a to pod sankcją obowiązku wynagrodzenia szkody.

W kodeksie Napoleona nie znajdujemy przepisu o szykanie. Stąd wyciągnięty wniosek, jakoby prawo francuskie nie znało zakazu szykany, byłby przedwczesny.

Sprawa przenosi się tylko w sferę, t. zw. ordre public, naczelnych zasad (publicznoprawnych w tradycyjnem znaczeniu) porządku prawnego, które sędziemu dają podstawę odmówienia żądaniom uprawnionego, gdy sprzeciwiają się powyższym zasadom

---

[1] Por. mój artykuł p. t. Przedawnienie skargi wywłaszczonego właściciela o odszkodowanie z § 365 austr. kod. cyw. (Głos Prawa, r. VII, nr 3—4).

(art. 1133 i 6 C. c.). Rozważa się również granice różnych uprawnień, wychodząc z celów, którym służą, w myśl poglądów panujących w społeczeństwie, gdy zaś pewna konkretna czynność uprawnionego zmierza widocznie do innego celu, sądy odmawiają jej ochrony jako nadużyciu prawa (abus de droit) na wzór orzecznictwa administracyjnego w sprawach o nadużyciu władzy (excés de pouvoir) i o t. zw. detournement de pouvoir [1].

Planiol podkreśla silnie niewłaściwość wyrażenia l'usage abusif des droits, powołując się na to, że jedna i ta sama czynność nie może być równocześnie zgodna z prawem, dozwolona (wykonywanie uprawnienia) i przeciwna prawu, zakazana (nadużycie uprawnienia), zwalcza doniosłość prawną samej intencji szkodzenia drugiej osobie jako cechy wystarczającej, by czyn dany uznać za nadużycie prawa podmiotowego.

Tak więc w prawie francuskiem kwestja szykany jest w rękach orzecznictwa sądów i nauki prawa, które operują w coraz szerszym zakresie pojęciem nadużycia prawa w celach niezgodnych z intencją ustawodawcy [2].

W kodeksie cywilnym niemieckim (BGB) znajdujemy w części ogólnej § 226: »Wykonywanie prawa jest niedopuszczalne, gdy może mieć tylko na celu wyrządzenie szkody drugiemu«. Wyraźnie sformułowany ten zakaz dodała do projektu dopiero komisja Reichstagu w miejsce §§ 887 ust. 2 i 888 przedłożenia rządowego, które odnosiły się tylko do prawa własności [3].

W porównaniu z prawem austrjackiem widać tu różnicę znaczną w tym względzie, że prawo austrjackie nie wymaga, by wyłącznym celem czynności było wyrządzenie szkody drugiej osobie, a niemiecki przepis chroni tylko w wypadku, gdy czyn, przedstawiający się jako wykonanie podmiotowego prawa, nie mógł mieć (a nie nie miał) innego celu na oku, jak szkodzenie drugiej osobie (por. przykłady u Cosacka, t. I, § 77, str. 320/1). Natomiast w tym wąskim zakresie daje kodeks niemiecki silniejszą daleko ochronę, gdyż służy skarga negatoryjna z § 1004 BGB. Szykana jest więc naruszeniem (Störung) własności osoby, przeciw której

---

1 Planiol, II, 870—872 bis, Colin Capitant, t. I, str. 765.

2 Podobnie Rudolf Sohm uważa, iż jedynie wychodząc z rozpatrywania celu ustawodawcy można potępić szykanę. (Instytucje, historja i system rzymskiego prawa pryw., tłóm. polskie 1925, str. 19, uw. 1).

3 Meisner Stern: Das Nachbarrecht, str. 156.

czynność tę zwrócono i uprawnia ją do skargi o usunięcie naruszenia i ewentualnie zaniechania dalszych naruszeń. Wątpliwe jest, czy szykana obowiązuje do odszkodowania w myśl § 823. jako czynność bezprawna (widerrechtlich) czy też z § 826, jako czynność przeciwna dobrym obyczajom.

Na trudności przyjęcia, że szykana podpada pod § 823 BGB, zwrócił uwagę Saleilles w rozprawie p. t. Théorie générale de l'obligation (1901), str. 370—373. Zdaniem mojem, szykana zobowiązuje w prawie niemieckiem do odszkodowania jako czynność sprzeczna z dobremi obyczajami (§ 826 BGB), co utrzymuje Gareis w swem wydaniu kodeksu cywilnego niemieckiego (3 wyd. 1910, str. 141, uw. 5).

Kodeks cywilny szwajcarski (ZGB) zawiera już w art. 2 pod napisem: »Działanie uczciwe« (nach Treu und Glauben) przepis następujący: »Każdy winien postępować uczciwie (nach Treu und Glauben) w wykonywaniu swych praw i w spełnianiu swych obowiązków.

Jawne nadużycie (der offenbare Missbrauch) swego prawa nie znajduje ochrony prawnej«.

Cóż znaczą te ostatnie słowa? Komentarz do kodeksu cywilnego szwajcarskiego Gmüra (Leemann) nazywa ten przepis [1] ogólnym zakazem nadużycia prawa, względnie exceptio doli generalis. Niema kwestji, że sądy szwajcarskie oddalą żądanie skargi powoda, jeśli ono w świetle wyników rozprawy okaże się »jawnem nadużyciem prawa«, przysługującego powodowi. Zwrot ten, użyty w ustawie, wskazuje na to, że kodeks cywilny szwajcarski pragnie oceniać wypadki te z punktu widzenia objektywnego, nie kładąc nacisku na pobudki.

Pozostaje do rozważenia pytanie, czy niezależnie od »ochrony prawnej«, a więc od orzecznictwa sądów, czyn stanowiący »jawne nadużycie prawa« jest prawnie zakazany czy nie, innemi słowy czy jest bezprawiem, czy też jest jeszcze wykonywaniem prawa podmiotowego.

Z naszego punktu widzenia nie może być wątpliwości. Odmowę »ochrony prawnej« przez ustawę należy uważać za sankcję, niewyrażonego expressis verbis, zakazu o tyle swoistą, że nie stanowi nieważności ani też wzruszalności. Prócz powyższego przepisu

---

[1] Bd. IV, I Abt., str. 18.

zagraża w prawie szwajcarskiem art. 4, ust. 2 prawa obligacyjnego sankcją obowiązku odszkodowania każdemu, kto drugiemu umyślnie wyrządza szkodę w sposób sprzeczny z dobremi obyczajami.

Rozdział I. Zakaz wkroczeń i oddziaływań.

Dział ten stanowi trzon prawa sąsiedzkiego, najszerzej omawiany w literaturze tego przedmiotu i wedle zdania wielu autorów wyczerpuje cały zakres tego prawa.

W kodeksie austrjackim (przed nowelą III) regulował sprawę oddziaływań sąsiedzkich z gruntu na grunt wyłącznie § 364 ABGB: »Wogóle wykonywanie prawa własności możliwe jest tylko o tyle, o ile przez to ani nie narusza się praw trzeciego, ani nie przekracza się ograniczeń, przepisanych ustawami dla utrzymania i podniesienia dobra powszechnego«. Jak widać, przepis ten nie należy tylko do prawa sąsiedzkiego, gdyż obejmuje szerszy zakres.

Zasadnicza nieograniczoność prawa własności przejawia się w nim zgodnie z dawną doktryną w ten sposób, że mowa tylko o niewykonywaniu prawa własności, względnie o ograniczeniach wykonania go, a nie o ograniczeniach samego prawa. Łączy się to ze sprawą t. zw. elastyczności prawa własności, o której wyżej (str. 76) była mowa. Z naszego punktu widzenia samo »prawo własności« jest ograniczone przepisami prawa sąsiedzkiego, a nietylko wykonywanie go, a to z tego powodu, że odnośne obowiązki właściciela powstają bądź wprost z ustawy, bądź też odpowiednie uprawnienie-roszczenie sąsiada wypływa wprost z ustawowego przepisu, lub też innemi słowy, obowiązki właściciela powstają bez względu na jego zgodę, a w świetle naszego ujęcia »prawa« własności nie można przyjąć, że właściciel »ma prawo« dokonywania pewnych czynności, a tylko wykonywać tego prawa mu nie wolno, gdyż znaczyłoby to, że dany rodzaj czynności równocześnie należy do sfery wolności (I) właściciela i nie należy do niej, gdyż jest zakazany, ewentualnie, iż właścicielowi służy uprawnienie do pewnego rodzaju czynności i zarazem nie służy (II i III, a więc uprawnienie do skargi i uprawnienie rozporządzenia własnością). Tyle co do zasady.

Trudność właściwa powstaje z ogólnego ujęcia § 364 ABGB, który wspomina o 2 rodzajach ograniczeń: 1) przez prawa osoby trzeciej i 2) przez przepisy publicznoprawne, stawia więc narówni

prawa podmiotowe prywatne z normami prawa przedmiotowego publicznego. Oczywiście otwarto tu szerokie pole dla interpretacji, kiedy następuje naruszenie praw trzeciej osoby.

Walka poglądów.

Michał Schuster w książce swej p. t. »Über das Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten, dann über die einzelnen Gattungen, Ersitzung und Verjahrung derselben« (1819), bierze za punkt wyjścia naturalną wolność [1], oraz naturalne prawo własności [2] i, powołując się na §§ 297, 362 i 1305 ABGB, głosi zasadę, że naturalne prawo rozporządzania swą własnością doznaje tylko o tyle ograniczenia, o ile czynność właściciela, na swym gruncie przedsięwzięta, przedstawiałaby się jako uroszczenie służebności na gruncie sąsiednim lub słupie powietrza, do gruntu tego należącym (§§ 475, 477 ABGB), a więc tylko w razie wykonania dzieła, skutkiem którego przedmioty jakieś nie mogą nigdzie indziej się dostać. jak właśnie na grunt sąsiedni [3].

Dlatego też nie można zakazać, na podstawie ustawy cywilnej, żadnemu właścicielowi zabudowaniami światła i widoku, przez budynek wzniesiony in suo, ani wykonywania zawodu, połączonego z hałasem lub przykremi wyziewami, na swym gruncie. Pomysł sam takich zakazów odpiera Schuster przez reductio ad absurdum argumentem, że przecie dźwięki fałszywej gry na skrzypcach dotkliwiej obrażają ucho, niż rytmiczne uderzenia młota w kowadło [4], należałoby więc zakazać wszelkich przykrych dla sąsiadów czynności, nawet samego spojrzenia przez okno na podwórze sąsiednie [5]. Dlatego też wedle Schustera wszelkie czynności, których ustawa cywilna nie uważa za służebności bierne (t. j. typu pati) na sąsiednim gruncie, wchodzą w skład naturalnej wolności właściciela [6]. Dlatego też wedle tego autora wolno, wedle austr. ust. cyw. 1) sadzić drzewa, które odbiorą sąsiedniemu właścicielowi światło, widok i powietrze, 2) wykonywać zawód, przez który odbiera się

---

[1] Str. 63/4.
[2] Str. 65/6.
[3] Str. 104.
[4] Str. 102.
[5] Str. 105.
[6] Str. 106.

widok i światło lub rozszerza się dym, smród, hałas i t. p., 3) wykopać studnię, mimo że przez to odcina się sąsiedniemu właścicielowi żyły wodne, 4) wodę deszczową zbierać i zatrzymywać na swym gruncie, choć dotąd sąsiedni właściciel ją otrzymywał i używał jej [1].

Jedynie budowanie tuż przy granicy i kopanie tam studni uznaje Schuster z uwagi na przepisy §§ 340, 343, 297, 475 i 422 ABGB za niedopuszczalne, oraz oczywiście bezpośrednie wkroczenie na grunt lub w słup powietrza sąsiada. Zresztą ochrona sąsiada przed t. zw. pośredniemi oddziaływaniami należy do władz administracyjnych jako budowlanych i przemysłowych, które wykonują ją z punktu widzenia dobra powszechnego na podstawie przepisów publicznoprawnych, z wykluczeniem kompetencji sądów. Tego samego poglądu bronił kilkadziesiąt lat później Antoni Randa w dziele swem: »Das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher« (1884) I. Hälfte § 5, str. 110 i nast., powołując się na §§ 354, 362, 364 oraz 297, 475, 476, 1305 ABGB, jak również na §§ 31—38 ordynacji przemysłowej austr. z 20. XII. 1859, nr 227 d. p. p.

Tymczasem jednak sprawa t. zw. oddziaływań pośrednich nabrała wielkiej doniosłości przez rozwój przemysłu. Fabryki, zakładane za zezwoleniem władz administracyjnych, rozszerzały na gruntach sąsiednich często gazy, trujące roślinność, lub takież płyny, gryzący dym, huk maszyn i wstrząsy przez nie powodowane, przez co narażały sąsiadów na dotkliwe szkody, graniczące niejednokrotnie z zupełną utratą wartości gruntu, a właściciel fabryki skutecznie powoływał się w sądach na to, że wykonuje tylko swe prawo własności w granicach ustawowych i w niczem nie przekracza, w samem swem działaniu, przestrzennych granic swej własności. Powstało pytanie, czy sąsiad może żądać wynagrodzenia szkody w ten sposób mu wyrządzonej, które tu nas nie interesuje bezpośrednio i kwestja, czy można takich oddziaływań zakazać skargą negatoryjną. Wraz z wzrostem doniosłości życiowej tego zagadnienia rozpoczął się żywy ruch umysłowy wśród prawników. Przedewszystkiem w Niemczech na terenach t. zw. prawa powszechnego.

---

[1] Str. 97/8.

Stamtąd dopiero poglądy przeniosły się na grunt prawa austrjackiego. Dlatego w tem miejscu omówić je należy.

Hesse opublikował w latach 1859—1862 dwutomowe dzieło p. t. »Über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn«, oparte na prawie rzymskiem, obowiązującem w Niemczech jako prawo pospolite. Dla nas ciekawe są tylko poglądy Hessego na zasadnicze kwestje prawa sąsiedzkiego, a nie kazuistyka oparta na cytatach z Pandektów. Hesse występuje ostro przeciw abstrakcyjnemu martwemu pojęciu własności, które uznaje własność za zupełną i wyłączną władzę nad rzeczą, a następnie wprowadza ograniczenia tak pojętej własności przez stosunek sąsiedzki. Ograniczenia te są jednak tylko pozorne, gdyż władza człowieka nad rzeczą, będącą częścią jego majątku, nie sięga dalej niż tego wymaga natura przedmiotu, ani dalej niż umożliwiają to siły i zdolności ludzkie [1], oraz wymaga interes właściciela [2].

Mimo idealnych granic gruntów, pozostaje naturalna łączność ziemi i powietrza. Sprawia ona, że wyłączna władza właściciela nad gruntem może tylko tak daleko sięgać, by mogła ostać się wyłączna władza wszystkich właścicieli gruntów obok siebie [3]. Oddziaływania, dotykające tylko osoby sąsiada, a nie wyrządzające szkody w przedmiocie własności t. j. gruncie, a więc hałasy, wonie przykre lub niezdrowe dla ludzi, nie należą do dziedziny prawa własności, lecz do zakresu działania policji, która w takich wypadkach wydaje zarządzenia, kierując się względami na dobro powszechne [4].

Bezprawnemi są zdaniem Hessego (wedle prawa pospolitego): 1) czynności rozpoczęte i wykonane na cudzym gruncie bez tytułu prawnego (facere, factum habere) i 2) czynności (i ich wytwory) rozpoczęte wprawdzie na własnym gruncie, lecz przekraczające granicę (immittere, immissum habere) [5]. Do ciał stałych złączonych z gruntem odnosi się zasada ta całkiem bezwzględnie (belka, balkon, drzewo zwisające i korzenie wrastające). Jeśli jednak chodzi o luźne, niezłączone z gruntem ciała stałe i płynne, oddziaływanie wówczas tylko jest bezprawnem, gdy ciała te skutkiem

---

[1] Str. 382.
[2] Str. 391.
[3] Str. 385.
[4] Str. 389.
[5] Str. 400/1.

czynności danej, z konieczności zawsze dostać się muszą na grunt sąsiedni i to bez pośrednictwa innych czynników, tak, by skutek ten dał się przewidzieć przy zwykłych ludzkich wiadomościach, niepos iłkowanych wiedzą fachową. Zamiar działającego wywołania takiego wyniku nie jest wymagany [1].

Innych oddziaływań na grunt sąsiada, choćby mu wyrządzały znaczną szkodę, nie można zakazać skargą negatoryjną. Należy tu również tego rodzaju pogłębianie gruntu, względnie kopanie przy granicy, że skutkiem tego rozluźnia się grunt sąsiada i budynek czy też mur się wali. Wogóle nie można zakazać właścicielowi czynności i urządzeń, jeśli szkoda, wyrządzona przez nie gruntowi sąsiada, jest tylko pośredniem i warunkowem ich następstwem. Prócz kopania w pobliżu granicy trzeba tu wymienić wstrząśnienia, oddziaływanie wodą, dymem, sadzą, iskrami i t. p. W tych wypadkach należy się tylko odszkodowanie.

W. Werenberg powrócił w r. 1863 do tego samego zagadnienia w pracy pod tyt. »Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer« [2], widocznie nie znając pracy Hessego [3]. Werenberg bije również w strukturę pojęcia własności nieruchomej, przedewszystkiem w przestrzenną jej nieograniczoność. Własność na słupie powietrza jest jego zdaniem tezą błędną. Powietrze, jako gaz wciąż przepływający nad gruntem, nie nadaje się na przedmiot prawa własności, a sama przestrzeń również nie, gdyż jest niematerjalna. Dlatego, wedle Werenberga, właściciel nabywa dopiero w miarę wkładania w grunt pracy i kapitału własność (sic) na odpowiednich częściach słupa powietrza i w ten sam sposób na częściach podziemia. Tytułem prawnym jest zawłaszczenie (occupatio).

Stąd wypływają 2 zasady: 1) każdy właściciel gruntu może zawłaszczyć z przestrzeni powietrza wznoszącej się nad gruntem, i z podziemia tylko te części, których nie zawłaszczyli już poprzednio inni właściciele dla użytku swych gruntów (prewencja).

2) Dla każdego gruntu należy się domniemywać zawłaszczenia części słupa powietrza i podziemia, potrzebnej do zwyczajnego

---

1 Str. 403.

2 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. VI, Jena 1863.

3 Str. 43.

prawidłowego używania gruntu [1]. Dlatego też służy właścicielowi prawo odparcia (sądowego) tych tylko oddziaływań na słup powietrza i na podziemie, które przeszkadzają właścicielowi w używaniu gruntu [2]. Oddziaływanie to musi być materjalne, t. j. przez wkroczenie ciał materjalnych, dlatego też nie można zakazać hałasów ani zabudowania światła i widoku, bez specjalnego tytułu prawnego [3].

Ostrą odprawę poglądom Werenberga dał prawnik tej miary co Rudolf Ihering, w rozprawie p. t. »Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn«, zamieszczonej w tem samem czasopiśmie [4]. I ten »największy jurysta nowszych czasów« (jak go nazywa Planiol), wychodzi od konstrukcji prawa własności. Jest ono na rzeczach nieruchomych inne nieco a mianowicie szersze co do zakresu. (przestrzeń powietrza i podziemie), a węższe co do treści (znoszenie oddziaływań sąsiedzkich). W obu kierunkach stawia Ihering jako zasadę, iż prawo własności sięga tylko tak daleko, jak praktyczny interes właściciela. Tam, gdzie właściciel niema żadnego praktycznego interesu, by zakazać komuś drugiemu oddziaływania czy też wkroczenia w sferę swej własności, tam również niema prawa zakazać mu tego (Verbietungsrecht). Mimo to podtrzymuje Ihering również i dla nieruchomości zasadę, iż właścicielowi nie wolno wkraczać czynami swemi ani bezpośrednio, ani pośrednio w sferę własności sąsiada.

Bezpośredniem wkroczeniem jest wedle niego tego rodzaju działanie, którego skutki zaczynają się na terenie własności sąsiada, a pośredniem nazywa wkroczenie, jeśli skutki rozpoczynają się na własnym gruncie, a dopiero stamtąd przenoszą się na obcy grunt sąsiedni. Różnicę tę wyraża Ihering również w ten sposób: oddziaływaniem bezpośredniem jest, jeśli mam coś w całości lub w części w dziedzinie własności sąsiada mego, a pośredniem, gdy mam coś w całości na własnym obszarze, lecz przez skutki tego szkodzę sąsiadowi.

Niesporną jest niedopuszczalność wkroczeń bezpośrednich.

---

[1] Str. 25.
[2] Str. 16.
[3] Str. 50—53.
[4] Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. VI, 1863.

Ihering oświadcza się nadto za niedopuszczalnością oddziaływań pośrednich, jeśli a) bądź szkodzą osobie właściciela sąsiedniego (gryzący dym, nieznośne zapachy) lub rzeczy, będącej przedmiotem jego własności; b) bądź, nie wywołując wprost szkody, są przykre dla sąsiada w stopniu tak znacznym, iż przekraczają zwykłą miarę rzeczy znośnych w codziennem życiu (np. hałasy). Wobec takich oddziaływań służy właścicielowi gruntu ius prohibendi.

Natomiast oddziaływania, które życie codzienne z sobą przynosi, są dozwolone i przeciw nim nie służy sąsiadowi skarga negatoryjna.

Ihering, jak widać, poszedł dość daleko, gdyż uznał wszelkie oddziaływania szkodliwe za niedopuszczalne, a prócz nich również niektóre przykre. Rozważania te przeszczepił na grunt prawa austrjackiego Alojzy Mages [1], z pewnemi odchyleniami własnemi. Przedewszystkiem podnosi, iż prawo rzeczowe i obligacyjne chroni jedynie majątkową stronę działalności naszej i dlatego własność jest prawem czysto majątkowem, a więc nie udziela ochrony przeciw oddziaływaniom, niewywołującym uszkodzenia rzeczy ani innej szkody majątkowej, a jedynie sprawiającym przykrość osobie właściciela. Wyłącza więc Mages z rozważanej przez się dziedziny prawa sąsiedzkiego zarówno oddziaływania przykre dla osób a nieszkodliwe, przekazując je orzecznictwu władz administracyjnych, jak i oddziaływania, wyrządzające szkodę, jednak niewynikające z uroszczenia przez oddziaływującego sąsiada prawa rzeczowego, a w szczególności nieoparte na prawie własności sąsiada. Brak tych cech jednak nie wystarcza, by uznać dane oddziaływanie za niedopuszczalne. Oddziaływanie takie musi być nadto wynikiem zmiany dokonanej ręką ludzką na gruncie sąsiednim lub czynności na nim przedsięwziętej, przekraczającej granice zwykłego racjonalnego używania swej własności. Wówczas dopiero, gdy wszystkie te warunki są spełnione, można, wedle Magesa, skarżyć negatoryjnie o zaprzestanie oddziaływań i wynagrodzenie rzeczywiście zrządzonej szkody (dammum emergens) [2].

Odebranie sąsiadowi światła i powietrza lub wody, jeśli nie było służebności zakazowej (np. ne luminibus officiatur), a więc

---

[1] Über Nachbarrecht, Allg. öster. Gerichts Zeitung, 1871.

[2] Po myśli tych wywodów poszło orz. z 13. XII. 1899, nr 9441, Links, t. 15, nr 6022, wyraźnie powołując się na Magesa i Iheringa.

wyrządzenie »szkody negatywnej«, jak ją nazywa. uważa Mages za dopuszczalne.

Przeciw poglądom Magesa, które stanowiły nowatorstwo dla nauki prawa austrjackiego, wystąpił w obronie tradycji Antoni Randa w swem 2-tomowem dziele o prawie własności [1]. Uznaje bowiem za »wkroczenie« (Eingriff) w prawo własności sąsiada, o którem mowa w § 364 ABGB, tylko tego rodzaju działania, które bądź same, bądź też przez swe skutki, z konieczności i bezpośrednio wkraczają w przestrzenną dziedzinę sąsiada, a to bez pośrednictwa zewnętrznych i przypadkowych okoliczności. A więc przelatywanie dymu, iskier czy sadzy, choćby w niezwykle wielkich ilościach, niszczących me warzywa, nie daje podstawy do skargi negatoryjnej, gdyż wiatr skierowuje je na grunt sąsiada, a zatem nie są wkroczeniami zakazanemi ustawą cywilną. Randa uznaje w takich wypadkach wyłącznie kompetencję władz administracyjnych i powołuje się na poparcie swego poglądu, w ślad za Schusterem, na §§ 354, 362, 364 oraz 297, 475, 476 i 1305 ABGB, jako też §§ 31—38 austr. ordynacji przemysłowej (Gewerbeordnung).

Poważniejszemi argumentami, aniżeli Mages, bronił tez Iheringa Józef Unger ze stanowiska prawa austrjackiego [2]. Sięgnął do dzieł Zeillera, do projektu Martiniego, do protokołów komisji nadwornej, do kodeksu zachodniogalicyjskiego i starał się wykazać, że zasada wyrażona w § 364 ABGB, zabraniającym wkroczeń w cudze prawa przy wykonywaniu prawa własności, odnosi się, wedle intencji twórców kodeksu cywilnego austrjackiego, zarówno do oddziaływań bezpośrednich jak i pośrednich, i to zarówno na rzeczy jak i na osoby, a więc sąsiadowi służy co do jednych i drugich ius prohibendi. Powoływanie się na § 1305 ABGB zawiera petitio principii, a operowanie nauką o służebności nie potrafi ustalić, co właścicielowi wolno a czego nie, a przeciwnie dopiero, ustaliwszy zakres dozwolony właścicielowi przez ustawę, przekonać się można, kiedy trzeba nabyć specjalną służebność na sąsiednim gruncie. W ślad za Iheringiem przyjmuje Unger, iż zasada wyrażona

---

[1] Das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher. Leipzig 1884.

[2] Zur Lehre vom österreichischen Nachbarrechte, Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XIII, 1886.

w § 364 ABGB, dopuszcza 2 wyłomów: 1) sąsiad musi znosić oddziaływania pośrednie nieszkodliwe i nieprzykre, a nadto 2) nawet przykre i szkodliwe oddziaływania musi się znosić, jeśli nie przekraczają zwykłej w danem miejscu miary [1].

Władysław Leopold Jaworski poświęcił dwie prace młodzieńcze prawu sąsiedzkiemu [2] i wyraził w sporze tym nową myśl, iż wkroczenie, zakazane § 364 ABGB, polega na owładnięciu i używaniu cudzego prawa na swą korzyść, a nie (a w każdym razie nietylko) na wyrządzeniu szkody.

Z rozważań nad prawem rzymskiem wyszedł Leon Piniński [3] i doszedł do wyników niezbyt zgodnych z tradycyjną nauką prawa rzymskiego, tem jednak ciekawszych dla współczesnych zagadnień ustawodawczych. Własność wedle niego sięga, odnośnie do swej ochrony wobec osób trzecich, tylko tak daleko, dokąd sięga interes właściciela w normalnej ekonomicznej eksploatacji rzeczy, stanowiącej przedmiot własności. Dlatego też oddziaływania na rzecz, nieuszczuplającego w niczem możliwości normalnego gospodarczego użytkowania jej, nie można odeprzeć skargą negatoryjną. Sam zaś zakres wolności właściciela, obejmujący czyny, do których własność go uprawnia, doznaje ograniczenia przez nakazy etyki. Ius abutendi nie służy mu więc wogóle, podobnie jak inne działania przedsięwzięte z rzeczą, jeśli są nieetyczne. Piniński uznaje więc oddziaływania zarówno pośrednie jak i bezpośrednie za dozwolone, jeśli nie wyrządzają żadnej szkody, idzie więc z jednej strony dalej niż inni, gdyż dozwala oddziaływań bezpośrednich, z drugiej zaś zakazuje nawet pośrednich oddziaływań, nieprzekraczających zwykłej miary, jeśli są choć trochę szkodliwe.

Unormowanie ustawowe uważano powszechnie za niezadowalające w prawie austrjackiem [4], i po tej wymianie myśli w literaturze prawniczej wprowadzono mimo objekcyj Tilla [5] w noweli III

---

[1] Ścierające się poglądy, przedstawił dr L. Fischlowitz: O prawie sąsiedzkiem. Prz. pr. i admin. r. XIX, 1894.

[2] Szkoda zrządzona wykonaniem swojego prawa na nieruchomościach. Ekonomista Polski, t. IX, 1892 i Zarys teorji wynagrodzenia szkody. Lwów 1891.

[3] Pojęcie i granice prawa własności według prawa rzymskiego. Lwów 1900.

[4] Por. sprawozdanie komisji Izby Panów (78 d. Beilagen zu den sten. Protokollen des Herrenhauses, XXI Session 1912, str. 41).

[5] Ernest Till: Privatrechtliche Fragmente II. Aus dem Nachbar-

do austr. kodeksu cywilnego (§ 11 rozp. ces. z 19. III. 1916, nr 69 dzpp) ustęp 2 §-fu 364 ABGB: »Właściciel gruntu może zakazać sąsiadowi oddziaływania, pochodzącego z jego gruntu, przez odpływ cieczy, dym, gazy, ciepło, zapach, hałas, wstrząśnienie i tym podobne, a to o tyle, o ile oddziaływanie przekracza zwykłą w stosunkach miejscowych miarę i uszczupla istotnie możność używania gruntu w taki sposób, w jaki go się w tem miejscu zwyczajnie używa (ortsübliche Benutzung). Bezpośrednie doprowadzenie bez osobnego tytułu prawnego jest w każdym razie niedopuszczalne«.

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że pierwsze zdanie tego przepisu nie zawiera ustawowego zakazu oddziaływania pośredniego na grunt sąsiedni, gdyż wyraża tylko uprawnienie-roszczenie właściciela do zabronienia sąsiadowi powyższych czynów (»kann untersagen«), a więc obowiązek sąsiada powstałby nie wprost z ustawy, lecz dopiero z chwilą zakazu właściciela. Miałoby to ważne znaczenie w razie sporu o odszkodowanie. Sąsiedni właściciel sanatorjum reaguje na wynajęcie przeze mnie lokalu towarzystwu śpiewackiemu wprost skargą negatoryjną, twierdząc, że chóralne śpiewy wypłaszają mu chorych i rekonwalescentów z lecznicy, nie zabroniwszy mi poprzednio tego sposobu użycia mej własności, przyczem skarży równocześnie o odszkodowanie za cały czas od początku prób towarzystwa śpiewackiego. Powstaje więc pytanie, czy oddziaływanie to dopiero z chwilą doręczenia skargi stało się bezprawnem, czy też było niem już od początku.

Zdaniem mojem należy tu zestawić przepis ust. 2 § 364 ABGB z pojęciem własności. Wiemy, że »prawo własności« wedle kodeksu austr. składa się z zasadniczo nieograniczonej sfery »wolności« (I), chronionej ogólnym zakazem wkraczania w sferę monopolu właściciela (II), i że »ius prohibendi« właściciela jest właściwie tylko refleksem zakazu ogólnego, a nie samoistnem uprawnieniem, a prawo skargi wydobywczej i negatoryjnej sankcją przekroczenia tego zakazu. Wypadki t. zw. oddziaływań pośrednich (mittelbare Immissionen) można rozpatrywać z dwojakiego punktu widzenia: 1) przedewszystkiem, jak to przed nowelą powszechnie było w zwyczaju, powołać się na t. zw. pozytywną stronę prawa

---

rechte. Öst. Zentralblatt für die jur. Praxis hg. v. dr Leo Geller. Bd. XXXI, 1919, str. 193—202 i O prawie sąsiedzkiem w projekcie rewizji kodeksu cywilnego. Prz. pr. i adm. r. XXXIX, zeszyt 3, 1914, str. 161 i nast.

własności po stronie właściciela, oddziaływującego na sąsiedni grunt i uznać działanie takie, jako przedsięwzięte prawnie in suo, za dozwolone i niewywołujące samo przez się skutków prawnych (z punktu widzenia teorji imperatywnej), a za wykonywanie prawa podmiotowego (z punktu widzenia tradycyjnych teoryj). 2) Można przeciwnie stanąć na stanowisku właściciela gruntu zagrożonego oddziaływaniem, i podkreślić stronę negatywną jego prawa własności, t. j. zakaz bezwzględny oddziaływania na cudzą własność bez zgody właściciela, względnie uprawnienie odparcia skargą negatoryjną takich oddziaływań.

Analogicznie przedstawia się rzecz wobec przepisu, zawierającego zakaz pewnych określonych oddziaływań. 1) Jeśli przepis taki odniesiemy do sfery »wolności«, udzielonej właścicielowi jako takiemu (t. zw. pozytywna strona prawa własności), to przyjdzie uznać, że nastąpiło ograniczenie prawa własności, bo skutkiem wydania tego przepisu, ze sfery wolności wyjęto pewne rodzaje czynności jako zakazane. Równocześnie zaś uznanie innych oddziaływań, nieobjętych zakazem, za dozwolone, nie zmienia oczywiście niczego, wobec zasady nieograniczonej wolności właściciela. 2) Można jednak przepis, o którym mowa, zestawić z ogólnym zakazem oddziaływań na cudzą własność, z t. zw. negatywną stroną prawa własności, a wówczas mamy odwrotny obraz. Jeśli bowiem przepis ustawy zakazuje tylko pewnego rodzaju oddziaływań, to tem samem a contrario dozwala innych. Mamy stąd wyłom w ogólnym zakazie wkraczania w cudzą własność, stanowiącym składnik t. zw. prawa własności. Sam zaś zakaz ustawowy pewnych wkroczeń czy oddziaływań na tle ogólnego zakazu, co dopiero wspomnianego, wydaje się zgoła zbytecznym, a ma sens i doniosłość prawną tylko jako jego zacieśnienie. Te dwa powyżej skreślone stanowiska nie powinny nam przysłonić faktu, że »prawo własności« składa się zarówno ze sfery wolności, jak i z zakazu bezwzględnego. A więc dopiero zestawienie obu powyższych stanowisk daje właściwy obraz konstrukcyjny zmian wywołanych przepisem, zabraniającym niektórych oddziaływań sąsiedzkich. Zestawmy je teraz, posługując się dla większej naoczności fikcją, że zakaz zwraca się tylko pod adresem jednego z sąsiadujących ze sobą właścicieli, którego nazwiemy naruszającym, w przeciwstawieniu do drugiego (naruszonego).

Otóż po stronie naruszającego, mamy ograniczenie sfery jego

wolności przez zakaz prawa sąsiedzkiego co do zakazanej czynności, a co do innych (a contrario dozwolonych) oddziaływań, ograniczenie ogólnego zakazu oddziaływania na cudzą własność, natomiast po stronie naruszonego niema zmian w obrębie »prawa własności«, odnośnie do zakazanych czynności, a co do dozwolonych a contrario, występuje ograniczenie sfery wolności, gdyż nie wolno przedsięwziąć nic takiego, coby przeszkodziło naruszającemu wykonać dozwoloną czynność oddziaływującą (choć często wolno odeprzeć własnem działaniem skutki czynności tej in suo, a więc samo oddziaływanie) i oczywiście występuje nadto ograniczenie zakazu ogólnego wkroczeń w cudzą sferę własności.

Pamiętać jednak należy, że przepis prawa sąsiedzkiego nie jest adresowany do jednego z sąsiadów, jak to powyżej dla większej plastyczności przyjęto, lecz do wszystkich sąsiadów-właścicieli, a dopiero z chwilą naruszenia tego przepisu, jednemu z nich przypada rola naruszającego, a drugiemu rola naruszonego i wchodzą w życie sankcje prawne, o których powyżej nie było mowy. Dlatego też należy przyjąć, że rozważany przepis prawa sąsiedzkiego wywołuje po stronie każdego z właścicieli-sąsiadów zarówno zmiany, które stwierdziliśmy po stronie naruszającego jak i naruszonego. Ponieważ ograniczenie sfery wolności fikcyjnego naruszającego jest charakterystyczną cechą tych przepisów, dlatego omawiamy je w tym rozdziale.

Pozostaje jeszcze do rozważenia pytanie, czy treść ust. 2 § 364 ABGB zawiera rzeczywiście zakaz wymienionych w nim oddziaływań, czy tylko ius prohibendi właściciela. Rozstrzygnięcie w pierwszym kierunku przyjęliśmy powyżej, wypada je tu uzasadnić. Powyżej już (dział III, str. 55) podniesiono, że mimo wyrażenia § 354 ABGB, że »własność rozpatrywana jako prawo jest uprawnieniem... wykluczenia każdego innego od tego« (t. j. od rozrządzania pożytkami i substancją rzeczy), mamy tu do czynienia z zakazem ustawowym, a nietylko z uprawnieniem zakazywania, co wynika z przesłanek skargi windykacyjnej i negatoryjnej. Wywody te mutatis mutandis należy tu zastosować, a wówczas okaże się również, że poza fasadą iuris prohibendi ukrywa się również i tutaj zakaz ustawowy. I to właściwie ten sam zakaz, co poprzednio, ograniczony tylko do oddziaływań pośrednich podwójnym wymogiem: 1) przekroczenia miejscowej miary i 2) znacznej szkody. I tu również ius prohibendi jest konstrukcją prywatno-

prawną zakazu ustawowego i odzwierciedla raczej okoliczność, że sankcja następuje z inicjatywy chronionego właściciela, niż samą strukturę przepisu i wypływających z niego obowiązków.

Oddziaływania, zarówno bezpośrednie jak i pośrednie, muszą być natury fizycznej, co widać z przytoczonych w ustawie rodzajów (ciecze, dym, gazy, ciepło, zapach, hałas, wstrząśnienie). Powstaje pytanie, czy oddziaływanie przy pomocy światła również tu zaliczyć. Mojem zdaniem w wypadku, gdy właściciel sąsiedni wytwarza na swym gruncie lub odbija światło tak silne, że oba warunki ustawowe są spełnione, t. j. 1) oddziaływanie to przekracza zwykłą miarę miejscową i 2) uszczupla istotnie możność używania gruntu w taki sposób, w jaki go się w tem miejscu zwyczajnie używa — wówczas nic nie stoi na przeszkodzie, by sąsiadowi przyznać również uprawnienie zabronienia właścicielowi tego rodzaju oddziaływania.

Inaczej rzecz się ma wtedy, gdy chodzi tylko o odbieranie wrażeń wzrokowych z sąsiedniego gruntu, które ze względu na swą treść wywołuje oba powyżej wymienione skutki, np. sąsiedni właściciel urządził na swym gruncie kąpiel słoneczną, a mój pensjonat dla panien pustoszeje, lub sąsiedni właściciel urządził w swym budynku dom publiczny, przez co moi lokatorzy się wyprowadzają i dom mój traci na wartości. Tu mamy do czynienia z wpływem psychicznym (ściślej mówiąc z oddziaływaniem na sferę uczuć przedewszystkiem) i dlatego »uprawnienie« zabronienia i skarga negatoryjna nie służy mi jako sąsiadowi. Mogę się tylko zwrócić o pomoc do władzy policyjnej lub sądu karnego.

Ustawa wylicza oddziaływania pośrednie przykładowo (»i tym podobne«), a to następujące: odpływ cieczy (należy rozumieć przez to ścieki brudnej wody z zakładów przemysłowych, lub wyciekanie z zepsutego wodociągu, a nie naturalny odpływ wody [1]), dym, gazy, ciepło, zapach, hałas, wstrząśnienie. Wytwarzanie fal elektrycznych, które psują radjoamatorom odbiór audycyj radjowych, należy uznać w razie ziszczenia się ogólnych warunków, wymaganych przez § 364, ust. 2 ABGB, za niedozwolone oddziaływanie [2].

---

[1] Orz. z 19. II. 1913. Zb. XVI, 6318 idzie nawet tak daleko, że uznaje za niedopuszczalne czynności na własnym gruncie, przez które powstaje niebezpieczeństwo odpływu wody na grunt sąsiedni.

[2] Por. dla prawa francuskiego: J. Biernacki, Ochrona emisyj radjo-

Sporną jest kwestja, czy lot pszczół tutaj zaliczyć należy. Judykatura austrjacka jest temu przeciwna. Dokuczanie ze strony pszczół musi sąsiad znosić [1]. Co do pszczół bowiem, zawiera § 384 ABGB specjalny przepis, dotyczący obowiązku właściciela gruntu, na który się dostał cudzy rój pszczół, znoszenia pościgu właściciela pszczół. Odnosi się to wprawdzie tylko do wypadku, gdy rój pszczół osiadł na cudzym gruncie, a nie do przelotu, lecz argument a maiori ad minus ma tu zupełne zastosowanie, a więc przepis odnieść należy i do przelotu pszczół. Podobnie porost roślin, który powstał samorzutnie na mym gruncie z roślinności, hodowanej przez sąsiedniego właściciela na swym gruncie, nie upoważnia mnie do zabronienia mu tej hodowli [2]. Wpadania kul z pobliskiej strzelnicy lub odłamków skał z kamieniołomu można zakazać w każdym razie [3].

Należy ustalić tutaj co rozumie ustawa przez »bezpośrednie doprowadzenie« (unmittelbare Zuleitung), a w następstwie czem różni się pośrednie oddziaływanie, o którem mowa w pierwszem zdaniu ust. 2 § 364 ABGB, od owego bezpośredniego. Niema wątpliwości, że jeśli ustawię rurę skierowaną wprost na grunt sąsiada, a uchodzącą na samej granicy i pocznę wypuszczać przez nią ciecz lub gaz jakiś, to mamy tu do czynienia z »bezpośredniem doprowadzeniem«. Wątpliwości mogą już powstać, gdy rura uchodzi skośnie do granicy sąsiada i w odległości np. 2—3 m od niej. Widzieliśmy wyżej, że literatura prawnicza wysuwa różne kryterja na odróżnienie oddziaływań bezpośrednich od pośrednich. Hesse nazywał bezpośredniemi te tylko, skutkiem których z konieczności dostają się ciała w sferę sąsiada i to bez pośrednictwa innych czynników, tak że skutek ten każdy przeciętny człowiek może przewidzieć [4]. Ihering znów uważał za bezpośrednie wkroczenia takie czynności, które rozpoczynają swe skutki w obszarze własności sąsiada, a pośredniemi nazywał wkroczenia, wywołujące skutki swe początkowo w obszarze własnym, a dopiero dalsze skutki w sąsiednim, cudzym [5]. Nippel zaś rozróżniał działania, w których zmiana

---

fonicznych w świetle zasad obowiązujących prawa cywilnego. (Prawo IX, nr 1—2).

[1] Orz. z 11. XII. 1902, Zb. V, 2131.
[2] Orz. z 25. XI. 1913, Zb. XVI, 6559.
[3] Ehrenzweig: System, 1923, Bd. I, zweite Hälfte, str. 133.
[4] l. c. 403.
[5] l. c. 107.

w obszarze cudzej własności przedstawia się jako środek, prowadzący do używania własnego gruntu, od działań, którym towarzyszy zmiana w sferze cudzej własności, lecz tylko jako skutek. Te przykłady wystarczą, gdyż wyczerpują główne odmiany poglądów. Który z nich odpowiada intencji ustawy austrjackiej? Naszem zdaniem pogląd Nippela nie wchodzi w rachubę, gdyż opiera się na całkiem odmiennym punkcie widzenia. Bezpośredniość i pośredniość oddziaływania odnoszą się zarówno do działania celowego, jak i oddziaływania czysto przyczynowego, lecz działanie celowe zawsze jest świadome celu, a zwykłe oddziaływanie niekoniecznie. Ponieważ zaś oddziaływania sąsiedzkie, tu rozpatrywane, wcale nie muszą być celowemi t. j. umyślnemi, by uchodzić za prawnie niedozwolone, a wystarcza mimowolne lub zgoła fizyczne oddziaływanie, a nadto ustawa mówi wyraźnie »Einwirkungen«, przeto należy się ograniczyć do rozpatrywania przyczyn i skutków. Chodzi więc o bezpośrednie skutki pewnych stanów lub czynności w przeciwstawieniu do pośrednich i lokalizację ich z tej czy z tamtej strony granicy. Zdaniem mojem należy tu przyjąć proste rozróżnienie Iheringa. Bezpośredniemi oddziaływaniami są te, które rozpoczynają swe skutki w obszarze własności sąsiada, a pośredniemi takie, które wywołują skutki na obszarze własnym, a dalsze (pośrednie) skutki w sąsiedniej cudzej sferze. Bezpośrednie doprowadzenie zaś, o którem mówi ostatnie zdanie 2 ust. § 364 ABGB, odnosi się do tych ostatnich, t. j. pośrednich oddziaływań, a nie do bezpośrednich. Pokrywa się ono zgrubsza z poglądem Hessego na pośrednie immisje, szerszym daleko niż przyjęty tu pogląd Iheringa.

Tak więc pośrednie oddziaływania są zakazane normalnie tylko wówczas, gdy oba warunki ustawowe są spełnione, t. j. gdy 1) oddziaływania przekraczają zwykłą miarę miejscową i 2) uszczuplają istotnie zwykłe w danem miejscu używanie gruntu. Natomiast te same oddziaływania są zakazane bezwzględnie (»unter allen Umständen«), gdy się je bezpośrednio na granicę sąsiada doprowadza. Chronić mógłby je tylko »specjalny tytuł prawny«, a więc nabyta służebność lub osobista umowa z właścicielem gruntu.

Rozważmy obecnie, przeciw komu zwraca się zakaz ustawy i na czyją rzecz działa.

Ustawa mówi, że można »sąsiadowi« (dem Nachbarn) zakazać oddziaływania. Pojęcie to jednak prawniczo jest nieokreślone.

Niema wprawdzie wątpliwości, że oznacza ono właściciela gruntu, przytykającego bezpośrednio do chronionego. Lecz, czy tylko jego?— to właśnie pytanie.

Przedewszystkiem wątpliwość budzi wymóg bezpośredniości stykania się gruntów. Oddziaływania zapomocą gazów, zapachów, huku i t. p., mogą dać się we znaki własności przedzielonej od gruntu, z którego wychodzą, węższym lub szerszym pasem, stanowiącym własność trzeciej osoby, niezamieszkałą (hałas) lub zgoła będącą nieużytkiem, lub też stanowiącą drogę prywatną czy publiczną. Niema żadnego powodu, by w takim wypadku odmówić stosowania przepisu ust. 2 § 364 ABGB dla tej wyłącnie przyczyny, że grunty dane nie graniczą bezpośrednio, a to tem bardziej, że zabronione tym przepisem oddziaływanie wcale nie wymaga bezpośredniego sąsiedztwa gruntów. Tak więc zakaz obejmuje grunty i ich właścicieli, między któremi oddziaływania powyższe dają się odczuć, niezależnie od ich odległości i ilości przegradzających je gruntów, należących do osób trzecich [1].

Nie trzeba zdaje się wspominać osobno, że przepis ten stosuje się do gruntów zarówno miejskich (t. j. zajętych pod domy mieszkalne) jak i wiejskich (t. j. zajętych pod uprawę rolną).

Wątpliwem wydaje się, czy zakaz skierowany jest tylko wobec właściciela gruntu, z którego oddziaływania pochodzą, czy również wobec użytkowcy, uprawnionego ze służebności i dzierżawcy czy względnie najemcy, jak chce H. Klang [2], za wzorem § 906 BGB i Plancka [3].

Ustawa mówi o prawie zakazania »sąsiadowi oddziaływań pochodzących z j e g o gruntu« (»die von dessen Grund ausgehenhen Einwirkungen«), co w związku z ust. 1, § 364 ABGB, traktującym ogólnie o wykonywaniu prawa własności. nasuwa interpretację ścieśniającą.

Mimo to zakaz, skierowany właściwie tylko do właściciela, odnosi się również do wszystkich uprawnionych rzeczowo na przedmiocie własności, a to z 2-ch względów:

1) zasadniczego, polegającego na tem, że wszystkie ograniczone prawa rzeczowe prywatne dadzą się rozpatrywać jako rozczłon-

[1] Klang, str. 32, ca Till, str. 193, Randa, Schadenersatzpflicht, str. 38.
[2] Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen, 1917, str. 33.
[3] Komm. III, str. 173.

kowanie prawa własności na sfery wolności i uprawnienia węższe co do treści.

2) W wypadku, gdy zakazane objektywnie oddziaływanie pośrednie pochodzi od uprawnionego rzeczowo na gruncie, naruszony niewłaściciel nie miałby skargi przeciw właściwemu sprawcy naruszenia, a skarga wobec właściciela nicby mu nie pomogła, gdyż w rozważanym obecnie przypadku właściciel gruntu nie działa wcale, a wobec uprawnionego rzeczowo na jego gruncie nie ma obowiązku, a często i nie ma podstawy do skargi negatoryjnej.

Ponieważ zakaz oddziaływań pośrednich, zawarty w ust. 2, § 364 ABGB jest, jakeśmy to widzieli, tylko specjalnym wypadkiem bezwzględnego zakazu wkraczania w cudzą sferę prawną bez zgody uprawnionego (a nawet pewnego rodzaju zacieśnieniem tego zakazu), skierowanego do wszystkich osób, podlegających danemu porządkowi prawnemu prócz osoby chronionej zakazem tym, przeto musimy przyjąć, iż ust. 2, § 364 ABGB, zwraca się nietylko przeciw uprawnionym rzeczowo na gruncie, lecz również przeciw najemcy lub dzierżawcy gruntu, z którego oddziaływania pochodzą. Tem samem uzasadniamy pogląd, iż przepis ten zakazuje oddziaływań tych również posiadaczowi gruntu, który nie ma żadnego tytułu prawnego swego posiadania.

Wobec tego, że posiadanie, jak wykazał Wróblewski w swych pracach (Zur Lehre von der Collision der Privatrechte, 1894 i Posiadanie na tle prawa rzymskiego, 1899 i Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe, 1919) jest stanem wykonywania prawa własności, każde oddziaływanie, podpadające pod zakaz ust. 2, § 364 ABGB, będzie równocześnie naruszeniem posiadania gruntu, uszkodzonego w myśl § 339 ABGB. Zdania tego odwrócić oczywiście nie można.

Kogo chroni rozważany zakaz ustawy? Przedewszystkiem właściciela, o czem ustawa mówi expressis verbis. Lecz nadto musimy przyjąć, że ochrona ta odnosi się również do uprawnionych rzeczowo na gruncie, a więc np. do użytkowcy i uprawnionych ze służebności gruntowych, a to ze względu na obowiązek utrzymania i naprawy rzeczy służebnej, nałożony na nich w § 483 ABGB. Gdyby im odmówić tej ochrony, byliby bezbronni wobec odziaływań omawianych, a bezradni w stosunku do właściciela gruntu służebnego, gdyby ten nie chciał skorzystać z przysługującego mu prawa skargi[1].

[1] Klang, str. 30.

Natomiast zakaz ten nie chroni ani zastawnika (wierzyciela zastawnego) ze względu na przepis § 458 ABGB, ani najemcy lub dzierżawcy (Orz. z 27. III. 1907, Zb. nr 3731 i orz. z 3. VI. 1913, Zb. nr 6467), gdyż § 1117 ABGB daje mu uprawnienie rozwiązania umowy z najemcą przed umówionym terminem [1].

Francuski kodeks cywilny nie zawiera żadnych przepisów o oddziaływaniach pośrednich w bardzo lakonicznym zresztą tytule II księgi II. Sam zaś art. 544 zakazuje tylko używania prawa własności w sposób zakazany ustawami lub rozporządzeniami (règlements). Dlatego też kwestja przenosi się w sferę przepisów o odszkodowaniu, art 1382 i 1383 C. c. i zależy w zupełności od judykatury (lub, jak się w b Królestwie kongresowem na wzór francuski utarło, jurysprudencji) sądów. Szczególnego znaczenia nabrało dla naszej kwestji pojęcie winy (faute) i, w związku z niem, pojęcie nadużycia prawa (abus de droit), o którem już wyżej była mowa (str. 86—87). Sądy francuskie przyjmują, że oddziaływania, bardzo silnie przekraczające zwykłą miarę i szkodliwe lub przykre bardzo dla sąsiadów, dają podstawę do żądania odszkodowania pełnego (dommages-intérêts), (por. Orz. Cass. z 20 II. 1849 o hałasie) i w takich wypadkach przyjmują winę [2].

Można również w drodze skargi wymusić zaprzestanie takich oddziaływań na przyszłość [3]. Orzecznictwo francuskie uzupełniło lukę obowiązującego prawa. Nauka prawa francuskiego operuje również w tym związku pojęciem stosunku sąsiedzkiego jako quasi-umownego (quasi-contrat de voisinage), z którego już Pothier [4] wywodził zasadę prawną: »Sąsiedztwo obowiązuje sąsiadów, by każdy z nich używał swej dziedziny w sposób nieszkodliwy dla swego sąsiada..., nie może tam niczego takiego robić, skutkiem czego mogłoby coś dostać się na sąsiednią dziedzinę, coby szkodziło sąsiadowi«. Spotyka się również z poglądem, iż oddziaływania szkodliwe stanowią delikt lub quasidelikt, który jednak nie da się utrzymać wobec orzeczeń, zabraniających pod rygorem odszko-

---

[1] Klang, str. 31/2.

[2] Civ. 18. II. 1907, D. P. 1907. 1. 385, S. 1907. 1. 77, Req 14. II. 1910, D. P. 1910. 1. 136, S. 1910. 1. 296, Req. 22. VI. 1910, D. P. 1910. 1. 461.

[3] Colin Capitant, l. c., t. I, 1923, str. 762.

[4] Du voisinage, § 235, éd. Bugnet, t. IV, str. 330.

dowania nieuchronnych oddziaływań zakładu przemysłowego [1] i przyznających nowoosiadłemu odszkodowanie od przemysłowca, który bez skargi sąsiadów prowadzi dotąd przedsiębiorstwo [2]. Jednego tylko wypadku oddziaływania pośredniego zakazuje wyraźnie art. 681 C. c. pod napisem: O ścieku z dachów.

»Każdy właściciel tak powinien zakładać dachy, aby deszczowe wody spływały na jego ziemię, albo na drogę publiczną; nie może ich nigdy obracać na grunt sąsiada swojego«.

Na pierwszy rzut oka nazwalibyśmy zakaz ten pozornem ograniczeniem prawa własności, gdyż wolność właściciela rozciąga się tylko na grunt, stanowiący jego własność, a dalej nie sięga. Dlatego też jest rzeczą, rozumiejącą się sama przez się, że w braku odmiennego tytułu nie mogę z mego dachu spuszczać wody deszczowej wprost na grunt sąsiada. W każdym zaś razie zakaz art. 681 C. c. wynika z art. 640 C. c., nakazującego właścicielowi sąsiedniemu tylko znoszenie naturalnego odpływu wody. Należy bowiem rozumieć przepis art. 681 C. c. w ten sposób, iż zakazano w nim skierowania odpływu wody z dachu w ten sposób, by woda ściekała wprawdzie na skrawek mego gruntu położony tuż przy granicy, jednak stamtąd musiała zlewać się poza granicę na grunt sąsiedni. Chodzi więc o t. zw. bezpośrednie skierowanie względnie doprowadzenie omówione wyżej, a stanowiące kwalifikowany wypadek oddziaływań pośrednich. Niema również w przepisie tym domniemania, niedającego się obalić, że grunt, na który spływają wody deszczowe z dachu, należy do właściciela dachu względnie domu, gdyż można zawsze prowadzić dowód w tym kierunku, że dzieje się to na podstawie służebności okapu [3]. Tak więc można w drodze umowy zmienić dyspozycję art. 681 C. c.

W myśl wyroku Sądu Apelacyjnego w Tuluzie z 13. VII. 1904 [4], nie wolno nawet na własny grunt spuszczać wody deszczowej z dachu w ten sposób, by szkodzić przez to murowi sąsiada.

Niemiecki kodeks cywilny w § 906 postanawia: »Właściciel gruntu nie może o tyle zakazać doprowadzania gazów,

---

[1] Orleans 25. II. 1885, D. P. 86. 2. 227, Req. 3. I. 1887, D. P. 88. 1. 39, S. 87. 1. 263, 14. II. 1910, D. P. 1910, 1. 136, S. 1910, 1. 296.
[2] Civ. 18. II. 1907, D. P. 1907, 1. 385.
[3] Wyr. Cass. z 28. VII. 1851.
[4] Sirey 1905, 2, str. 69.

pary, zapachów, dymu, sadzy, gorąca, szmerów, wstrząśnień i innych podobnych oddziaływań, wychodzących z innego gruntu, o ile oddziaływanie to albo wcale nie, albo tylko nieistotnie narusza używanie jego gruntu, lub jest skutkiem używania drugiego gruntu, które wedle stosunków miejscowych jest zwyczajnem przy gruntach tego położenia. Doprowadzenie zapomocą osobnego przewodu jest niedopuszczalne«.

Podczas gdy przepis austrjacki mówi, kiedy właściciel może zakazać oddziaływań, niemiecki postanawia, w jakich wypadkach właściciel nie może ich zakazać. Mimo to oba te postanowienia ustawy mówią to samo. Zapomnijmy na chwilę, że przepisy te mówią o zakazywaniu i wstawmy na to miejsce zwykłą dowolną czynność, np. rozpalanie ogniska. Austrjacka ustawa mówiłaby wówczas: wolno zapalać ognisko, jeśli spełniony jest warunek pierwszy i spełniony warunek drugi. Niemiecka zaś: nie wolno zapalać ogniska, jeśli nie jest spełniony warunek pierwszy lub nie jest spełniony warunek drugi. Lub dla większej przejrzystości porównajmy następujące 2 rozkazy: 1) wolno ci wychodzić z domu tylko wówczas, gdy zarówno świeci słońce i jest sucho na polu; 2) nie wolno ci wychodzić z domu (tylko) wówczas, gdy nie świeci słońce lub jest mokro na polu. Tu już widać całkiem wyraźnie, że oba mówią całkiem to samo, jeden w formie twierdzącej, a drugi w przeczącej. Ponieważ wolno wyjść z domu tylko wtedy, gdy oba warunki są spełnione, więc w wypadku, gdy tylko jeden z nich się ziści, nie wolno z domu wychodzić. Dlatego trzeba w formie przeczącej wprowadzić słówko »lub«, które występuje tu w znaczeniu nierozłącznem, dopuszczając ziszczenie się obu tych warunków. Mimo, że przepis niemiecki co do treści jest zgrubsza taki sam jak austrjacki, mamy drobne odchylenie w tym punkcie, że austrjacka ustawa zakazuje oddziaływań, które uszczuplają istotnie używanie gruntu zwyczajne w danem miejscu (die ortsübliche Benutzung), a więc wprowadza zwyczaj miejscowy jako miernik również przy ocenie stosunków chronionego, a niemiecki przepis chroni każde używanie gruntu bez względu na zwyczaj miejscowy, który stanowi miernik oceny samego tylko ‚działania naruszającego.

Mimo negatywnej formy powyższego § 906 BGB, która właściwe miejsce wyznacza mu w dziale przepisów sąsiedzkich typu

pati, postanowienie to zabrania a contrario oddziaływań pośrednich we wszystkich wypadkach, gdy niema warunków zawartego w nim zakazu zakazywania, a więc w wypadkach, gdy oddziaływania te nie są dozwolone.

Zobaczmy, jak się przedstawia ten zakaz oddziaływań pośrednich na tle niemieckiego pojęcia prawa własności. Wiemy już, że niemiecka własność zawiera zasadniczo ograniczoną sferę »wolności«, przyczem jednak ustawa wprowadza w § 903 BGB domniemanie ustawowe wolności od ograniczeń. A więc tylko to domniemanie zostaje usunięte przez wprowadzenie § 906 BGB, a sama treść prawa własności żadnego nie doznaje ograniczenia. Dlatego też prawnicy niemieccy [1] mówią tylko o granicach (Schranken) prawa własności, a nie o jego ograniczeniu (Beschränkung) i zaliczają przepisy sąsiedzkie za przykładem kodeksu (BGB), do treści samego prawa własności (Inhalt des Eigentums).

Nie jest przypadkiem, że niemiecka ustawa cywilna wybrała dla przepisu § 906 BGB formę przeczącą, a wzorowana na niej austrjacka, twierdzącą. W Niemczech pod wpływem doktryny prawa powszechnego, której szczególnie dobitny wyraz dał Ihering w powołanej powyżej rozprawie, przyjmowano w teorji i praktyce uprawnienie właściciela do zakazania sąsiadowi oddziaływań pośrednich, nadmiernych lub przedsięwziętych dla szykany i do dochodzenia uprawnienia tego na zwykłej drodze sporu sądowego. Wysuwano więc na pierwszy plan t. zw. negatywną stronę prawa własności [2]. Dlatego też § 906, wychodząc widocznie z zasady, że z reguły można zabronić wszelkich oddziaływań niewłaścicieli na przedmiot swej własności, ustanawia od reguły tej wyjątki, stanowiąc, w jakich wypadkach zabronić tego n i e można.

Natomiast na terenie obowiązywania ustawy cywilnej austrjackiej dominowało do noweli III, a więc do roku 1916, jak wyżej przedstawiono, zdanie, że oddziaływania pośrednie między sąsiadującemi gruntami nie podlegają orzecznictwu sądów, a jedynie władze administracyjne są powołane z punktu widzenia dobra powszechnego do wkraczania w zagwarantowaną ustawą cywilną sferę wolności właściciela, a to dlatego, że samo oddziaływanie pośrednie nie jest wkroczeniem (Eingriff) w cudze prawa, wspomnianem

---

[1] Wolff: Lehrbuch, Sachenrecht, str. 145 i nast.

[2] Meisner-Stern: Das in Preussen geltende Nachbarrecht 1927, str. 178/9.

w § 364 ABGB. Wysuwano więc na pierwszy plan i podkreślano t. zw. pozytywną stronę prawa własności. Więc ust. 2 § 364 ABGB, dodany § 11 noweli III pozytywnie stanowi, że właściciel może zakazać oddziaływań pośrednich sąsiadowi.

Szwajcarski kodeks cywilny pod nagłówkiem: »Prawo sąsiedzkie« umieszcza art. 684 zatytułowany: »Sposób gospodarowania«, następującej treści: »Każdy jest obowiązany wstrzymać się od wszelkiego nadmiernego oddziaływania na własność sąsiada przy wykonywaniu swej własności, w szczególności przy uprawianiu przemysłu (wie namentlich bei dem Betriebe eines Gewerbes) na swym gruncie.

Zakazane są w szczególności wszelkie oddziaływania szkodliwe i nieusprawiedliwione położeniem i naturą (Beschaffenheit) gruntów lub zwyczajem miejscowym, a to przez dym lub sadzę, przykre wyziewy, hałas lub wstrząśnienia«.

Przedewszystkiem uderza w powyższem brzmieniu wyraźny i poprawnie sformułowany zakaz ustawowy oddziaływań pośrednich (»Zakazane są...«). Mimo różnego brzmienia słownego niema różnicy merytorycznej w porównaniu z przepisem austrjackim (§ 364, ust. 2 ABGB) i niemieckim (§ 906 BGB), gdyż i tam mamy do czynienia z ustawowemi zakazami, jak to staraliśmy się powyżej uzasadnić.

Zakaz ten dotyczy oddziaływań: 1) nadmiernych (ust. 1, art. 684 ZGB) i to nadmiernie szkodliwych (ust. 2 cyt. art.) i 2) nieusprawiedliwionych ani: a) położeniem i naturą gruntów, ani b) zwyczajem miejscowym. Kwalifikacja ad 2) zawiera dwa momenty: a) i b), z których oba są potrzebne, by oddziaływanie stało się zakazanem, t. j. oddziaływanie dane musi być nieusprawiedliwione zarówno pod względem położenia i natury gruntów, jak i z punktu widzenia zwyczaju miejscowego. Nadto dane konkretne oddziaływanie pośrednie musi posiadać również i pierwszą cechę, t. j. musi być nadmiernem i wyrządzać szkodę sąsiadowi, by stać się oddziaływaniem zakazanem. Ogółem więc, wszystkie wymienione pod 1) i 2) cechy muszą zachodzić, byśmy mieli do czynienia z oddziaływaniem zakazanem. Natomiast, jeśli brak choćby jednej i to którejkolwiek z powyższych cech, oddziaływanie dane staje się dozwolonem i to »wykonywaniem prawa własności«.

Dość znaczną różnicę stwierdzić można, porównując przepis art. 684 ZGB z § 364 ust. 2 ABGB i § 906 BGB. Podczas gdy

ustawy austrjacka i niemiecka zakazują tylko oddziaływań, wyrządzających istotną szkodę (§ 364, ust. 2 ABGB verba »wesentlich beeinträchtigen« i § 906 BGB verba »nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt«), kodeks szwajcarski zakazuje wszelkich szkodliwych oddziaływań.

Nie stanowi natomiast różnicy okoliczność, że ustawa szwajcarska osobno mówi o położeniu i naturze gruntów, a osobno o zwyczaju miejscowym, gdyż te same momenty, choć wyraźnie nie wyróżnione, kryją się w ustawie austrjackiej (§ 364, ust. 2 verba: »das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Mass«) i niemieckiej (§ 906 verba: »die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist«).

Kodeks szwajcarski umieszcza szereg przepisów zatytułowanych: »Prawo sąsiedzkie«, a zawartych w art. 684—698 w rozdziale drugim (2 Abschnitt), posiadającym napis: »Treść i ograniczenia własności gruntowej« i to pod literą B, zawierającą »Ograniczenia«. Tak więc, jeśli oprzeć się na napisach marginesowych (Marginalrubrik), kodeks cywilny szwajcarski uważa między innemi zakaz oddziaływań pośrednich za ograniczenie prawa własności.

Jak to pogodzić z naszem twierdzeniem (p. str. 60), że szwajcarskie prawo własności posiada ograniczoną zasadniczo sferę wolności (art. 641 verba »in den Schranken der Rechtsordnung«) i z okolicznością, że wedle wyraźnego brzmienia art. 641, własność uprawnia tylko do odparcia nieusprawiedliwionych (ungerechtfertigte) oddziaływań. Jakże tu traktować zakaz takich właśnie nieusprawiedliwionych oddziaływań, jako ograniczenie własności?

By na to pytanie odpowiedzieć należy przypomnieć, że kodeks cywilny szwajcarski nie pisano z punktu widzenia wymogów doktryny, lecz dla potrzeb życia codziennego, przeciętnego obywatela. Dla niego miał być kodeks ten zrozumiałym i jasnym podręcznikiem obowiązującego prawa cywilnego. Dlatego też nie można brać nagłówka »Ograniczenia własności gruntowej«, pod którym figurują przepisy prawa sąsiedzkiego, zbyt dosłownie.

Oznacza on, ściśle biorąc, tylko ograniczenia ustawowego domniemania, wyrażonego w art. 641, nieograniczoności zakresu wolności, wynikającej z własności. Licząc się jednak z żywą w umysłach współczesnych ludzi tradycją indywidualistycznej własności typu rzymskiego, wysuwającą na plan pierwszy t. zw. pozytywną stronę własności, a więc wolność właściciela, użył wyrażenia niezbyt

odpowiadającego konstrukcji prawnej, przyjętej w kodeksie szwajcarskim dla prawa własności. Nazwę »ograniczenia własności gruntowej«, należy uznać za równoznaczną z granicami (Schranken, art. 641 ZGB) tego prawa.

Zakaz art. 684 ZGB chroni właściciela i uprawnionych rzeczowo na gruncie, a więc np. uprawnionego ze służebności gruntowej, użytkowcę, uprawnionego ze służebności mieszkania i t. p.[1] i tym samym osobom służy prawo skargi w razie przekroczenia tego postanowienia ustawy. Przepis art. 684 ZGB obowiązuje wyraźnie tylko każdego **właściciela** do zaniechania oddziaływań pośrednich, tam bliżej opisanych. Praktycznie, jest to wypadek najdonioślejszy, bo najczęstszy. Mimo to nie wolno zapominać, że zakaz oddziaływań pośrednich nakrywa się częściowo z ogólnym zakazem oddziaływania na cudzą własność, t. j. z t. zw. negatywną stroną prawa własności, a raczej stanowi a contrario pewien wyłom w niej dokonany. Dlatego też prócz sąsiedniego właściciela, przepis art. 684 ZGB zwraca się przeciw każdemu niewłaścicielowi danego gruntu.

Zakazane są oddziaływania zmysłowe dostrzegalne w przeciwieństwie do emocjalnych (np. dom publiczny w sąsiedztwie), dokonane zapomocą t. zw. imponderabiliów, płynów lub nawet ciał stałych (np. myszy lub szczury rozmnożone nadmiernie u sąsiada niszczą moje plony)[2]. Zakazem objęte są zarówno oddziaływania na sam grunt jak i na osobę właściciela[3].

Rozdział II. Pogłębianie gruntu.

Specjalnym wypadkiem oddziaływania pośredniego jest pogłębianie gruntu. Wywołać ono może i wywołuje często bądź usunięcie się części gruntu sąsiada położonego przy granicy i zniszczenie plonów, bądź zarysowanie się i zapadnięcie murów, pozbawionych w ten sposób oparcia, bądź też odcięcie sąsiadowi żył wodnych, zasilających jego studnię lub źródło, na jego gruncie wypływające.

Kwestję tę rozstrzyga § 12 noweli III do **austr. kodeksu cywilnego**, wprowadzając § 364 b: »Nie wolno pogłębiać gruntu w taki sposób, aby grunt lub budynek stracił potrzebną podstawę

---

[1] Gmür-Leeman: str. 231.
[2] l. c. str. 228/9.
[3] l. c. 230.

(Stütze), chyba, że posiadacz gruntu postara się o inne dostateczne umocnienie«.

Jednak już przed nowelą III orzecznictwo sądów austrjackich szło po linji tego przepisu, powołując się bądź na analogję z § 487 ABGB (servitus oneris ferendi)[1], bądź też na § 7 ABGB o naturalnych zasadach prawnych. Brzmienie powyższego przepisu wzoruje się z trzema nieznacznemi odchyleniami na § 909 BGB:

1) BGB mówi tylko o niepozbawieniu gruntu oparcia, a ABGB o gruncie lub budynku sąsiada;

2) BGB mówi nieosobowo, »chyba, że postarano się o inne dostateczne umocnienie«, a ABGB wspomina w tym związku o posiadaczu gruntu;

3) BGB używa czasu przeszłego, »chyba, że postarano się«... co wywołuje wrażenie, jakoby już w chwili rozpoczęcia robót musiało umocnienie gruntu sąsiedniego być gotowe, a ABGB mówi w czasie teraźniejszym: »Vorsorge trifft«, co wskazuje na to, że wystarcza w miarę postępu robót przedsiębrać odnośne środki zabezpieczające.

Expressis verbis zakazuje (»darf nicht«) ustawa pogłębiania gruntu, jeśli posiadacz nie postarał się o odpowiednie umocnienie sąsiedniego gruntu. Zakaz ten dotyczy tylko specjalnego wypadku oddziaływania pośredniego i odnośnie do niego należałoby powtórzyć wszystko, co powyżej powiedziano o adresatach zakazu oddziaływań pośrednich, o chronionych tym zakazem i o sankcjach w razie naruszenia, jak też o konstrukcji prawnej tego przepisu.

Różnica leży w tem tylko, że pogłębianie staje się dozwolonem wówczas, gdy posiadacz gruntu postara się o inne dostateczne umocnienie. Tak więc adresat zakazu, zobowiązany do zaniechania, może się tutaj uwolnić od tego obowiązku własnem działaniem. Pytanie tylko, co ma się stać w tym wypadku, gdy właściciel prowadzący roboty około pogłębiania swego gruntu, przedsięweźmie umocnienie gruntu sąsiada, nakazane przez władze budowlane, a mimo to wyniknie szkoda dla tegoż, np. zarysuje się mur lub ziemia się mimo wszystko obsunie? Ustawa nie daje wyraźnej odpowiedzi. Projekt postanowień sąsiedzkich Randy przewidywał na ten wypadek w § 4 z reguły wolność budującego właściciela od odpowiedzialności za szkodę, lecz zarazem możność stosunko-

[1] Tak też Randa: Schadenersatzrecht, str. 45 i nast.

wego podziału szkody między strony przez sędziego wedle zasad słuszności. Cóż, kiedy postanowienia tego nie włączono w ustawę. W tym wypadku oprzeć się należy na postanowieniu, że posiadacz gruntu ma się postarać o »dostateczne umocnienie«. Jeśli więc umocnienie okazało się niedostatecznem, bo wynikła szkoda, to pogłębianie było zakazane, a stąd i szkodę wynagrodzić należy. Nawet skarga negatoryjna o zaniechanie dalszego pogłębiania jest, mojem zdaniem, uzasadniona w tym wypadku [1].

Naruszenia § 364 b ABGB dochodzi się skargą negatoryjną przeciw osobie, która dokonała pogłębienia i przeciw osobie, która pogłębienie dokonane przez inną osobę, utrzymuje nadal na swym gruncie [2].

Ustawa austrjacka mówi w § 364 b o posiadaczu gruntu jako o osobie, która winna przedsięwziąć umocnienie gruntu sąsiedniego. Czy to nie sprzeciwia się naszemu twierdzeniu o zawartem w tym §-fie ograniczeniu prawa własności? Mojem zdaniem wzmianka o posiadaczu ma tylko na celu uniemożliwienie szykan ze strony sąsiada, który mógłby dochodzić skargą negatoryjną, skierowaną przeciw właścicielowi, zaprzestania robót, chociaż posiadacz postarał się o odpowiednie wystarczające umocnienie i dlatego treść austrjackiego przepisu nie różni się w niczem w tym względzie od § 909 niem. BGB. Zaznaczyć jeszcze należy, że posiadacz nie ma wprost obowiązku dokonania odpowiednich umocnień i o dokonanie ich nie można go skarżyć, a tylko pogłębianie przestaje być zakazane, t. j. staje się dozwolone, ba, nawet staje się wykonaniem prawa własności z chwilą, gdy przedsięwzięto potrzebne umocnienia. Dlatego też, gdy się okaże, że umocnienia są niedostateczne, gdy nie zapobiegają obsuwaniu się gruntu, nie można skarżyć o wykonanie lepszych umocnień, lecz tylko skargą negatoryjną domagać się zaprzestania dalszych robót i usunięcia dotychczasowych. Natomiast budujący właściciel może wykonaniem lepszych i skuteczniejszych umocnień uchylić obowiązek usunięcia robót wykonanych.

W kodeksie Napoleona niema analogicznego przepisu. Art. 544 C. c. mówi, jak już wyżej (str. 106) wspomniano, tylko o niedopuszczalności użytku (z prawa własności) zabronionego usta-

---

[1] Klang, l. c. 48/9.
[2] Klang, l. c. 47.

wami lub rozporządzeniami (les règlements). Rzecz więc sprowadza się w naszym wypadku do przepisów budowlanych i do odpowiedzialności za szkodę w myśl art. 1382 i 1383 C. c. w razie winy (faute, obejmującej również négligence i imprudence art. 1383 C. c.).

Niemiecki kodeks cywilny zawiera w § 909 BGB następujący przepis: »Gruntu nie wolno w ten sposób pogłębiać, by ziemia gruntu sąsiedniego utraciła potrzebną podporę, chyba, że postarano się o inne wystarczające umocnienie«.

Jak co dopiero (str. 113) wykazaliśmy postanowienie to zgodne jest co do treści z wzorowanym na nim przepisem § 364 b ABGB i dlatego niema potrzeby powtarzania zamieszczonych wyżej wywodów. Zachodzi tylko konstrukcyjna różnica między niemi, podczas gdy bowiem § 364 b ABGB stanowi ograniczenie pozytywnej strony prawa własności, § 909 BGB ograniczeniem takiem nie jest, a stanowi właśnie »treść własności«.

W prawie szwajcarskiem znajdujemy art. 685 (ust. 1), zatytułowany »Kopanie i budowanie. Reguła«, brzmiący: »Przy kopaniach (Grabungen) i budowach, właścicielowi nie wolno wyrządzać szkody sąsiadującym gruntom przez wprowadzenie w ruch ziemi sąsiada lub narażenie jej na niebezpieczeństwo (dass er ihr Erdreich in Bewegung bringt oder gefährdet) lub przez uszczuplenie (beeinträchtigt) istniejących urządzeń« Od co dopiero omawianych przepisów austrjackiego i niemieckiego, odbiega norma szwajcarska o tyle, że włącza również narażenie sąsiada na niebezpieczeństwo, o czem traktują osobno §§ 340—342 ABGB (operis novi nuntiatio) względnie § 907 BGB i co daleko ważniejsze, nie wspomina nic o umocnieniu specjalnem. I słusznie. Wystarczy bowiem zakazać skutków pewnych czynności, a więc tutaj wprawienia w ruch ziemi sąsiada lub wywołania takiego niebezpieczeństwa i uszkodzenia (oczywiście znacznego [1]) istniejących urządzeń w sąsiednim gruncie, a to wszystko przez kopanie i budowanie in suo. Jakich zaś środków technicznych użyje właściciel, by skutki te nie wystąpiły, jest z punktu widzenia prawnego obojętnem. Zakaz art. 685 ZGB nie przestaje obowiązywać, mimo że budujący właściciel zachował kantonalne przepisy budowlane, przewidziane w art. 686 ZGB i naruszony może, w myśl art. 679, żądać 1. usunięcia uszkodzenia (Beseitigung der Schädigung), a więc usunięcia urządzeń szkodli-

[1] Leeman, str. 233.

wych, jeśli doznał szkody, lub 2. ochrony przeciw grożącej szkodzie, gdy narażono go tylko na niebezpieczeństwo, a więc sporządzenia urządzeń dla uniknięcia przyszłych uszkodzeń i w obu wypadkach nadto wynagrodzenia szkody bez względu na winę właściciela, podobnie jak w wypadkach przewidzianych przez art. 67 i 68 prawa obligacyjnego szwajcarskiego. Występuje tu jaskrawo zasada odpowiedzialności za skutek (Gefährdungshaftung, Verursachungsprinzip) w przeciwieństwie do rzymskiej odpowiedzialności za winę (Verschuldungsprinzip [1]).

O przepisach odnoszących się do podkopania studzien i źródeł będzie mowa w rozdziale o postanowieniach prawa wodnego typu zakazowego.

Rozdział III. Nowe budowle.

Jesteśmy na gruncie prawa sąsiedzkiego, które, jak staraliśmy się uzasadnić, ma ścisły związek z prawem własności. Dlatego też nie zaliczymy do niego przepisów austr. kodeksu cywilnego, zawartych w §§ 340—342 ABGB, a dotyczących ochrony posiadacza nieruchomości lub prawa rzeczowego, zagrożonego w swych prawach budową nowego budynku, zakładu wodnego lub innego urządzenia (Werk), względnie ich burzeniem. Znaczenie powyższych postanowień wzrosło wskutek zniesienia art. XXXVII ust. wprow. do proc. cyw. z 1. VIII. 1895, nr 112 dzpp. przez art. 419, rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928, nr 23, poz. 202 Dz. U. R. P. o prawie budowlanem i o zabudowaniu osiedli, wskutek czego obecnie niema żadnego związku między rozprawą komisyjną przed administracyjną władzą budowlaną i udzieleniem przez nią pozwolenia na budowę a możnością dochodzenia praw prywatnych na drodze sądowej (art. 350 cyt. rozp.).

Warunkiem wydania takiego tymczasowego zakazu była przed wprowadzeniem art. XXXVII ust. wprow. do austr. proc. cyw. i po zniesieniu go jest obecnie między innemi okoliczność, że prowadzący budowę nie zabezpieczył się wedle przepisu powszechnej ordynacji sądowej przeciw posiadaczowi nieruchomości lub prawa rzeczowego. Dawna austrjacka procedura, którą powo-

---

[1] Leeman, str. 202, Wróblewski: Zarys wykładu prawa rzymskiego t. I, str. 445.

łuje § 340 ABGB słowami »allgemeine Gerichtsordnung«, nie obowiązuje. Należy więc przyjąć, iż chodzi o skargę ustalającą ujemną (§ 228 austr. p. c. i art. 3 kpc.)[1].

Nadto instytucja, unormowana w §§ 340—342 ABGB, nie modyfikuje w niczem treści prawa własności, a ogranicza się wyłącznie do tymczasowej ochrony posiadania.

Francuski kodeks cywilny nie zna analogicznych przepisów i rzecz sprowadza się na gruncie prawa prywatnego do ochrony posiadania unormowanej w procedurze cywilnej (art. 23 i nast. C. proc. civ.), a nie w kodeksie. Nie wchodzi więc również w zakres prawa sąsiedzkiego.

Natomiast w niemieckim kodeksie cyw. mamy § 907 BGB: »Właściciel gruntu może żądać, by na sąsiednich gruntach nie zakładano lub nie utrzymywano urządzeń (Anlagen), co do których należy z pewnością przewidywać, że ich istnienie lub używanie spowoduje niedopuszczalne oddziaływanie na jego grunt. Jeżeli urządzenie odpowiada przepisom ustaw krajowych, które przepisują pewien odstęp od granicy lub inne środki ochronne, wówczas można domagać się usunięcia urządzenia dopiero wówczas, gdy niedopuszczalne oddziaływanie rzeczywiście nastąpi. Drzewa i krzewy nie należą do urządzeń po myśli tych przepisów«.

Powyższy § 907 BGB stanowi uzupełnienie przepisu o oddziaływaniach pośrednich, zawartego w § 906 BGB. Sąsiad, t. j. właściciel i użytkowca oraz uprawniony z prawa budowy dziedzicznej (Erbbaurecht. § 1017 BGB), jak i wierzyciel zastawniczy (§ 1227 BGB) może zakazać właścicielowi sąsiedniego gruntu i wszystkim osobom, przeciw którym kieruje się skargę negatoryjną, założenia lub utrzymania urządzeń, co do których zachodzi pewność, że samo ich istnienie lub używanie wywoła jedno z zakazanych w § 906 BGB oddziaływań (np. w sąsiedztwie zbudowano rów na wodę bez odpływu, w którym zbiera się woda, która z pewnością będzie cuchnąć nieznośnie). Żądanie skargi idzie wówczas w kierunku usunięcia istniejącego urządzenia, względnie zaniechania dalszej budowy i przywrócenia do poprzedniego stanu. Roszczenia o usunięcie urządzenia nie traci sąsiad nawet wtedy, gdy nie sprzeciwiał się budowie, a nawet gdy ją jakiś czas znosił, gdyż roszczenie to nie ulega przedawnieniu (§ 924 BGB). Nawet przyrzeczenie właściciela danego urzą-

[1] Zoll Fryderyk: Prawo cywilne t. I. Część ogólna nr 255, str. 320/3.

dzenia, że go nie będzie używał, poparte daniem zabezpieczenia, nie czyni roszczenia sąsiada o usunięcie urządzenia bezskutecznem [1]. Chodzi tu przedewszystkiem o piece, kuźnie, chlewy, kloaki, gnojówki i t. p.

Pewną trudność sprawia tu odpowiedź na pytanie, czy mamy tu do czynienia z zakazem wprost z ustawy, obowiązującym do zaniechania zakładania, względnie utrzymywania podobnych urządzeń, czy też zakładanie, względnie utrzymywanie urządzeń takich, staje się niedozwolonem dopiero z chwilą, gdy sąsiad ich zakaże. Czy, innemi słowy, ustawa wprost zakazuje tych czynów, czy też udziela tylko uprawnienia roszczenia sąsiadowi, by czynów tych zakazał. Mojem zdaniem zakaz płynie tu również wprost z ustawy, tak jak i co do samych oddziaływań pośrednich w § 906 BGB. Wynika to stąd, że mowa w § 907 BGB o urządzeniach, po których z p e w n o ś c i ą (mit Sicherheit) oczekiwać należy niedopuszczalnych oddziaływań, należy je więc stawiać narówni z niemi. Rzecz jednak ma znaczenie wyłącznie konstrukcyjne, gdyż w myśl założenia niema podstawy do odszkodowania za czas przed zakazem ze strony sąsiada, gdyż oddziaływania dopiero w przyszłości nastąpią.

Drugie zdanie § 907 BGB wspomina o przepisach ustaw krajowych, ustanawiających pewne odległości od granicy dla niektórych urządzeń, i zezwala właścicielowi w wypadku, gdy dane urządzenie odpowiada owym przepisom krajowym, wystąpić z żądaniem usunięcia go dopiero wówczas, gdy niedopuszczalne oddziaływanie wystąpi rzeczywiście. Krajowe przepisy pruskie o odstępach od granicy, t. zw. ius interstitii, pochodzące jeszcze ze starego pruskiego powszechnego prawa krajowego (allgemeines Landrecht), poznamy dokładnie w następnym rozdziale IV-tym.

Tutaj zaznaczamy jeszcze, że § 907 BGB nie odnosi się do drzew ani do krzewów, rosnących na gruncie sąsiada. O nich traktuje § 910 BGB, a o drzewach i krzewach rosnących na granicy, § 923 BGB. Będzie o nich mowa w dalszym ciągu pracy.

W p r a w i e s z w a j c a r s k i e m art. 679 ZGB ust. 2 każe stosować do budowli, sprzeciwiających się przepisom prawa sąsiedzkiego, postanowienia dotyczące budowli przekraczających granice (überragende Bauten), a więc art. 674 ZGB. Ponieważ, w przeciwieństwie do powyżej omówionej ustawy niemieckiej, sąsiad traci roszczenie o usunięcie budowli, jeśli zaniechał (choćby bez własnej

---

[1] Wolff, str. 160.

winy i spowodu braku wiadomości) sprzeciwu w chwili, gdy stało się dostrzegalne, że budowla sprzeciwia się przepisom prawa sąsiedzkiego — omówimy odnośny przepis w dziale o typie pati.

Rozdział IV. Ius interstitii.

Austrjacki kodeks cywilny nie zawiera postanowień ustalających pewne odległości od granicy sąsiada, w których należy stawiać budynki, sadzić drzewa, wykonywać roboty w gruncie i t. p., a zatem przepisów zakazujących dokonywania tych czynności bliżej granicy. Jednak myśl sama, z której zakazy takie wypływają, nie była prawu austrjackiemu obcą. Już Schuster [1] bronił tezy, że tuż przy granicy nie wolno budować ani kopać studni, powołując się na §§ 340—342 ABGB o operis novi nuntiatio, § 343 ABGB o cautio damni infecti, § 855 ABGB, który w wypadku muru wspólnego sąsiadom, zabrania im narażać go na niebezpieczeństwo przez sporządzanie niebezpiecznych urządzeń i niecałkiem szczęśliwie cytuje w tym związku §§ 297 (słup powietrza należy do właściciela), 475 (trzeba osobnej służebności, by dach lub wykusz w słup powietrza sąsiada wbudować) i 422 ABGB o uprawnieniu ścinania przewieszających się przez granicę gałęzi.

Co jednak ważniejsze, ustawy budowlane austrjackie, a więc przepisy publiczne, znały cały szereg odstępów ustawowych od granicy sąsiada dla różnych urządzeń i budowli. Podobnie znajdujemy ich sporo w rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928, nr 23, poz. 202 Dz. U. Rp. o prawie budowlanem i zabudowaniu osiedli. I tak art. 16 poleca ustalenie, w planie zabudowania dla danej miejscowości, odległości budynków od ulic, granic i innych budynków. Przepisy policyjno-budowlane dla gmin miejskich i uzdrowisk nakazują w art. 178 pow. rozp. wznosić budynki bezpośrednio przy granicy działki albo w odległości conajmniej 3 metrów od granicy, a odległość tę ustanawia art. 193 dla budynków nieogniotrwałych, niemających murów ogniotrwałych od strony granicy sąsiada, na conajmniej 4 metry. Studnie wolno kopać w odległości conajmniej 5 metrów od granic sąsiadów, a tylko wspólne studnie wolno urządzać na granicy działki (art. 247). Dla dołów ustępowych odległość wynosi minimum 2 metry od granic sąsiada (art. 256). Po-

---

[1] l. c., str. 108/10.

dobnie też przepisy policyjno-budowlane dla gmin wiejskich, prócz zakazu naprawy nieogniotrwałego pokrycia materjałem nieogniotrwałym co do budynków nieczyniących zadość przepisom o odległościach od granic sąsiadów i od innych budynków — zawierają mnóstwo takich właśnie przepisów o odległościach. I tak art. 277 mówi o minimalnej odległości nowych budynków od granic sąsiadów, a w ust. 3 również o tem samem, odnośnie do nieogniotrwałych budynków w nowych osiedlach. Art. 278 dopuszcza budowania bezpośrednio przy granicy, jeśli 1) szczupłe rozmiary działek do tego zmuszają i równocześnie 2) albo budynki są bliźniacze, t. j. tworzą jedną całość budowaną przez obu sąsiadów, albo też, jeśli jeden tylko buduje, budynek posiada mur ogniochronny od strony granicy bez otworów i próżni, oraz pokrycie ogniotrwałe. Odległości 30 m od granic sąsiadów i innych budynków wymaga art. 281 dla budynków o większych paleniskach, a art. 282 nawet 60 m dla cegielń i pieców wapiennych. Art. 309 i 315 powtarzają przepisy art. 247 i 256, tyczące się studzien i dołów ustępowych. Wszystkie te reguły mogą doznać obostrzenia przez specjalne przepisy miejscowe (art. 409).

I rzeczywiście, np. utrzymany w mocy § 27 ust. budowlanej dla m. Krakowa z 18. VII. 1883, nr 63 dzukr., w brzmieniu ust. z 28. III. 1905, nr 57 dzukr. i ust. z 28. III. 1910, nr 89 dzukr. idzie dalej od art. 178, bo wymaga albo bezpośredniej styczności budynków, albo minimalnego odstępu 5 m, a okna i inne otwory w ścianach (od ulicy lub dziedzińca). przytykających do ościennej granicy, każe utrzymywać na przynajmniej 70 cm, zaś balkony na 3 m najmniej od linji granicznej.

Przytoczyliśmy drobiazgowo szereg obowiązujących obecnie przepisów tego rodzaju dla ilustracji, bez pretensji do wyczerpania wszystkich i mimo, iż nie są prywatnoprawnemi. Nad wykonaniem ich czuwa władza budowlana z urzędu, a właścicielowi gruntu, do którego granicy bezprawnie przybliżył sąsiad jedno z powyżej wspomnianych urządzeń poza przepisaną odległość, nie przysługuje żaden środek prawny przeciw sąsiadowi, a jedynie może donieść o tem władzy administracyjnej. Reguły te mają na celu widocznie, choć nie wyłącznie, dobro publiczne, a więc ochronę od ognia, względy sanitarne i t. p.

Mimo to widać tu wyraźnie, jak sztucznym jest podział prawa na publiczne i prywatne. Jedną i tę samą materję można bowiem

unormować bądź na jeden, bądź na drugi sposób, przyczem treść obowiązków pozostaje ta sama, a zmienia się tylko rodzaj sankcji.

W kodeksie Napoleona znajduje się art. 671: »Drzewa wyniosłe wolno sadzić tylko w odległości przepisanej rozporządzeniami szczegółowemi obecnie (actuellement) istniejącemi, albo podług zwyczajów trwałych i uznanych, a gdyby takich rozporządzeń i zwyczajów nie było, w odległości 2 metrów od linji oddzielającej dwie dziedziny (héritage) co do drzew wysoko rosnących, a w odległości $^1/_2$ m co do innych drzew i żywopłotów«.

Art. 672, zd. 1: »Sąsiad może żądać, by wyrwano drzewa i żywopłoty zasadzone bliżej«.

Art. 674: »Kto każe kopać studnię lub dół kloaczny przy murze, wspólnym lub nie, kto chce tam stawiać komin, ognisko, kuźnię, piec piekarski lub inny, przystawić stajnię, albo oprzeć o taki mur skład soli lub innych substancyj żrących, obowiązany jest zachować odległość przepisaną przez rozporządzenia i zwyczaje szczególne do tych przedmiotów się odnoszące, albo wykonać roboty przepisane przez te właśnie rozporządzenia i zwyczaje, dla zapobieżenia szkodzie sąsiada«.

W tem brzmieniu obowiązują art. 671 i 672 zd. 1 C. c. na obszarze b. Królestwa Kongresowego. We Francji zmieniła je ustawa z 20. VIII. 1881, która rozstrzygnęła długotrwały spór o wykładnię art. 671 C. c. Trybunał kasacyjny francuski stale rozstrzygał, że słowa ustawy »les arbres à haute tige«, które powyżej przetłumaczyliśmy »drzewa wyniosłe«, oznaczają pewne gatunki drzew z natury swej wyrastające do znacznych wysokości, a sędziowie pokoju, do których sprawy te w 1 instancji należały, orzekali zwykle wedle faktycznej wysokości danego drzewa. Nowela z r. 1881 poszła po linji orzecznictwa sędziów pokoju.

Wedle tej noweli brzmią powyższe przepisy następująco:

Art. 671: »Nie wolno mieć drzew, drzewek i krzewów blisko granicy własności sąsiedniej bliżej, niż w odległości przepisanej przez rozporządzenia szczególne obecnie istniejące, lub przez zwyczaje stałe i uznane, a w braku ich, w odległości 2 metrów od linji rozdzielającej dwie dziedziny dla roślin przewyższających 2 metry, a w odległości $^1/_2$ metra dla innych.

Drzewa, drzewka i krzewy wszelkiego rodzaju można sadzić rzędem w szpalerach z każdej strony muru granicznego (mur séparatif), bez obowiązku

zachowania jakiegokolwiek odstępu, lecz nie mogą przewyższać wierzchołka muru.

Jeśli mur nie jest wspólny (mitoyen), sam tylko właściciel ma prawo oprzeć na nim swe szpalery (ses espaliers)«.

Art. 672: »Sąsiad może żądać, by drzewa, drzewka i krzewy, zasadzone w odległości mniejszej niż przepisana, wyrwano lub doprowadzono do wysokości przepisanej w poprzednim artykule, jeśli niema (przeciwnego) tytułu, przeznaczenia ojca rodziny lub zasiedzenia 30-letniego.

Jeśli drzewa uschną lub je ścięto lub wyrwano, sąsiad może je zastąpić (nowemi), tylko przestrzegając odległości ustawowych«.

Zmienione nowelą lub dodane przez nią miejsca podkreślono.

Pytanie więc, czy dawny tekst, obowiązujący w b. Królestwie, daje podstawę do wykładni w tym samym kierunku. Konic [1] powiada stanowczo, że art. 671 C. c. w dawnem brzmieniu rozróżnia rodzaj drzew, a nie wysokość rzeczywistą. Zdanie to znajduje również oparcie w wyrażeniu dawnego tekstu: »Wolno sadzić drzewa wyniosłe«, zastąpionem przez nowelę na: »Wolno mieć (avoir) drzewa...« Chodziło więc o przyszłą wysokość, a nie obecną w chwili sadzenia.

Mimo to sądy francuskie orzekały już przed nowelą, że nietylko posadzone, lecz i dziko rosnące za blisko drzewa trzeba usunąć [2] i to nawet wówczas, gdy sąsiednia posiadłość nie nadaje się pod uprawę, a jest np. drogą prywatną [3] i choćby drzewa zasadzone za blisko nie zrządzały żadnej szkody sąsiadowi [4]. Sprawa sadzenia szpalerów nie jest dawnem brzmieniem ustawy uregulowana. Konic [5] wyraża mniemanie, że szpalery wzdłuż własnego muru można sadzić bez zachowania odległości ustawowej, jeśli nie powodują niedogodności, bo nie można ich uważać ani za drzewa wyniosłe ani za drzewopłoty. Zdanie to uważamy za mylne, gdyż nowela francuska z r. 1881 mówi wyraźnie o »drzewach, drzewkach i krzakach posadzonych rzędem szpalerem«, uważa je więc

---

[1] Prawo rzeczowe, str. 499.
[2] Wyr. z 31. VII. 1865, 2. VII. 1877 i po noweli wyr. z 27. III. 1888.
[3] Wyr. fr. z 25. III. 1862 i 12. IV. 1910.
[4] Wyr. fr. z 2. VII. 1867.
[5] Str. 499/500.

za drzewa między innemi, a nadto przepis o odległościach roślin od granicy jest interpretowany rygorystycznie i orzecznictwo bez podstawy ustawowej nie może w nim czynić wyłomu.

Oczywiście, mimo braku odnośnego przepisu w dawnym tekście, żądanie sąsiada wykopania zbyt blisko rosnących drzew jest niedopuszczalne, gdy właściciel drzewa ma tytuł prawny uprawniający go do tego, czy też jeśli przemawia za nim przeznaczenie ojca rodziny, lub zasiedzenie względnie przedawnienie nabywcze 30-letnie. Przedawnienie to, co do drzew za blisko posadzonych, zaczyna biec od posadzenia drzewa, lub od wyjścia pędu z ziemi [1].

Pytanie, czy zasiedzenie odnosi się do danego konkretnego drzewa, posadzonego bliżej niż tego dozwala ustawa, czy też wogóle do utrzymywania drzewa jakiegokolwiek w tem samem miejscu, rozstrzyga nowela francuska z r. 1881 rygorystycznie w tym sensie, że drzew obumarłych ściętych lub wyrwanych, nie wolno zastąpić nowemi na tem samem miejscu. Wydaje się, że można uznać, iż przepis ten odpowiada duchowi ustawy również i w dawnem brzmieniu, obowiązującem w b. Królestwie.

Art. 674 C. c. traktuje o odstępach przy budowie różnych szkodliwych, niebezpiecznych czy przykrych dla sąsiadów urządzeń, które wymienia przykładowo [2], i powołuje się na rozporządzenia i zwyczaje. Jeśli tych brak, sąd sam określi przy pomocy biegłych odległość [3]. Jeśli odległości należnej nie zachowano, sąsiad może żądać usunięcia wykonanych urządzeń przez właściciela, a ewentualnie w myśl art. 1144 C. c., sąsiad uzyska upoważnienie usunięcia ich kosztem właściciela. Przeciw żądaniu zburzenia zbyt bliskich urządzeń, chroni podobnie jak w wypadku art. 671 C. c., tytuł lub 30 letnie przedawnienie nabywcze [4].

Jak się przedstawia konstrukcja prawna powyższych przepisów?

Spotykamy je nie w tytule drugim księgi drugiej »O własności«, lecz w tytule czwartym »O służebnościach gruntowych«. Kodeks Napoleona zna bowiem 3 źródła, z których wypływają służebności (art. 639 C. c.), bądź z naturalnego położenia miejsc, bądź ze zobowiązań nałożonych przez ustawę, bądź też z umów między właścicielami gruntów. Samo zaś pojęcie służebności określa ko-

---

[1] Wyr. fr. z 13. III. 1850.
[2] Wyr. fr. z 10. VII. 1872 i Cass z 5. XII. 1904, Dalloz 1905, 1, str. 77.
[3] Konic, str. 503.
[4] l. c., str. 504.

deks francuski dość niejasno w art. 637: »Służebność jest ciężarem nałożonym na dziedzinę (un héritage) dla użytku i korzyści (pour l'usage et l'utilité), dziedziny należącej do innego właściciela«. »Ciężaru« tego nie określono bliżej [1].

Przepisy co dopiero omawiane, figurują w rozdziale II tego tytułu jako »służebności ustanowione przez ustawę« (servitudes établies par la loi). W nauce prawa francuskiego toczy się dokoła tych służebności walka. Podczas gdy Planiol [2] stara się bronić zdania, że »wzajemne służebności między sąsiadującymi właścicielami« stanowią »prawdziwe służebności«, i dla uzasadnienia swej tezy sięga po definicję służebności do... kodeksu niemieckiego (§ 1018 BGB), (Planiol, t. I, nr 2880), Aubry i Rau [3], Demolombe [4] i Colin i Capitant [5] odmawiają tym instytucjom charakteru służebności wogóle. Rzecz sprowadza się do kwestji definicji służebności. Dwa momenty sprawiają tu trudność. 1) Przedewszystkiem służebność od czasów rzymskich uchodzi za prawo ściśle konkretne, przysługujące danemu gruntowi, na innym dla celów gospodarczych i czyniące wyłom w prawie własności, przysługującem właścicielowi gruntu służebnego, a wyposażające właściciela gruntu panującego w uprawnienia, niezwiązane z jego prawem własności. Tymczasem postanowienia ustawowe o t. zw. służebnościach naturalnych i legalnych, dotyczą wszystkich właścicieli gruntów i stanowią regułę a nie wyjątek, oraz są przeważnie wzajemne. 2) Nadto zaś istnieją t. zw. służebności naturalne i legalne, które zobowiązują właściciela gruntu służebnego do wykonania pozytywnych czynności (facere), wbrew przyjętej zasadzie »servitus in faciendo consistere nequit«. Jasne jest, że wobec bardzo rozciągliwej i niejasnej definicji, którą daje ustawa francuska w art. 637, od biedy można i ograniczenia sąsiedzkie uważać za służebności, a nawet w praktyce musi się stosować do nich przepisy, odnoszące się do służebności, co ma znaczenie przedewszystkiem w sprawie zasiedzenia i przedawnienia roszczeń.

Naszem zdaniem próba włączenia przepisów sąsiedzkich w obręb służebności, prowadzi do zatarcia specyficznego charakteru tych

---

[1] Planiol, t. I, nr 2880.
[2] T. I, nr 2909.
[3] T. II, str. 194.
[4] T. XI, nr 8.
[5] T. I, str. 743.

ostatnich. Trzeba bowiem wówczas przyjąć 1) iż służebności powstają z ustawy (o służebnościach naturalnych nie warto mówić na serjo, zbyt bowiem grube tkwi w nich złudzenie) i 2) mogą polegać na wykonywaniu pewnych czynności (in faciendo), a więc dwie bardzo niemiłe tezy, zacierające granice ustalonych pojęć. Doktryna jurystów nowożytnych o t. zw. służebnościach legalnych, weszła jednak w skład kodeksu Napoleona.

Ustawa wprowadcza do niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), mówi w art. 124: »Nienaruszone pozostają przepisy ustaw krajowych, poddające własność gruntów jeszcze innym ograniczeniom na korzyść sąsiadów aniżeli tym, które ustanowiono w kodeksie cywilnym. Stosuje się to w szczególności też do przepisów, wedle których urządzenia, jako też i drzewa i krzewy, wolno trzymać tylko w pewnem oznaczonem oddaleniu od granicy«.

§ 907 BGB zd. 2, wspominający o przepisach ustaw krajowych o odległościach od granicy, poznaliśmy w rozdziale III, str. 118.

Tak więc sprawa odległości tych należała do ustawodawstwa krajów Rzeszy. Pruska ustawa wykonawcza do kodeksu cywilnego BGB w art. 89 zachowała ważność odnośnych reguł pruskiego powszechnego prawa krajowego (allgemeines Landrecht).

Przytoczymy krótko treść w nich zawartą.

Chlewy, kloaki, doły na nawóz i do garbowania skór, oraz inne urządzenia szkodliwe dla budynków, winny być oddalone o 3 stopy reńskie (1 stopa = 0·314 metra) od sąsiednich budynków, murów i stodół (I. 8, § 125). Nadto należy je wymurować od samego dna (I. 8, § 126). Ta sama odległość obowiązuje od drzew sąsiada (I. 8, § 127). Wedle orz. pruskich z 8. VIII. 1848 i 30. I. 1855, §§ 125 i 126 zakładają istnienie chronionych budynków jeszcze przed założeniem szkodliwych urządzeń, toteż nie można dla nowo wystawionych budynków żądać cofnięcia poprzednio założonych urządzeń.

Ścieki i kanały w ziemi dla odprowadzenia wody mają być odległe na 1 stopę od ściany sąsiada (I. 8. § 128).

Studnię wolno wykopać na swym gruncie najmniej w odległości 3 stóp od granicy (I. 8, § 131).

§ 139 (I. 8.) ustanawiający posiłkowo (»jeśli ustawy policyjne nie stanowią inaczej«) odległość nowych budynków od istniejących budynków sąsiada — na 3 stopy, nie ma znaczenia, wobec rozp. Prez. Rzp. z 16. II. 1928 o prawie budowlanem, nr 23, poz. 202,

Dz. U. Rp. Podobnie i następny § 140 (I. 8.) o odległości $1^1/_2$ stopy od niezabudowanej parceli sąsiedniej, choć brak w nim wzmianki o ustawach policyjnych, a to dlatego, bo stanowi całość z § 139 (I. 8.).

Nowy żywopłot ma zachować najmniej $1^1/_2$ stopy odległości od granicy sąsiada (I. 8, § 174). Podwyższyć poziom własnego gruntu wolno tylko w odległości najmniej 3 stóp od parkanu, muru lub płotu, stanowiącego granicę.

Tak się przedstawia wiązanka odnośnych ustawowych zakazów. Zaznaczyć trzeba, że prawo krajowe nie może w myśl kodeksu niemieckiego obostrzyć przepisów prawa sąsiedzkiego, zawartych w samym kodeksie, a pozostawia w art. 124 ust. wprowadczej krajom jedynie możność wprowadzenia dalszych przepisów, tyczących się jednak materyj w kodeksie nieunormowanych [1], między innemi też ius interstitii.

W razie naruszenia przepisów o odległościach ustawowych, służy sąsiadowi skarga negatoryjna przeciw właścicielowi gruntu, na którym dane urządzenie zbyt blisko stanęło — o usunięcie go.

Również i kodeks szwajcarski zastrzega unormowanie sprawy odstępów prawu kantonalnemu.

Art. 686 ZGB brzmi: »Kantony są uprawnione do określenia odstępów, których należy przestrzegać przy kopaniu i budowaniu. Zastrzega się im wydawanie dalszych przepisów budowlanych«, a art. 688 ZGB następująco: »Kantony są uprawnione przepisywać oznaczone odstępy od gruntu sąsiedniego dla zasiewania roślin, stosownie do rodzaju gruntu i roślin (albo zobowiązać właściciela gruntu do dozwolenia przewieszania się gałęzi lub wrastania korzeni drzew owocowych i uregulować lub znosić dla tych wypadków prawo, zwane »Anries«)«. Drugą część art. 688 po słowie »albo«, wziętą w nawias, omówi się w dalszym ciągu pracy w dziale o wywłaszczeniu prywatnoprawnem.

Przepisy o odstępach zawdzięczają niewątpliwie swe powstanie dążeniu, by oddziaływania pośrednie szkodliwe dla sąsiada uniemożliwić, względnie zmniejszyć do tego stopnia, by stały się znośnemi. Mimo to łatwo bardzo przechodzą one w służbę zupełnego egoizmu właścicieli, pragnących zupełnej izolacji od sąsiadów i przegrodzenia się niejako sferą neutralną, nieużywaną przez żadną z sąsiadujących ze sobą stron. Widać to jasno w powołanych wy-

---

[1] Gareis BGB, str. 432, uw. 4.

żej wyrokach francuskich, nakazujących przestrzegania odstępów dla roślin, nawet gdy sąsiedni grunt nie jest uprawny, więc żadnej szkody nie ponosi [1], lub też jest uprawny, lecz żadnej szkody nie ponosi ze strony zbyt blisko posadzonych drzew [2].

Rozdział V. Okna na grunt sąsiedni.

W dwóch kierunkach idzie tu prawo sąsiedzkie. Z jednej strony zabrania pozbawienia — przez budowanie in suo — okien sąsiada, światła i powietrza, chroni więc dostęp powietrza i światła do okien mieszkań (prawo pruskie), a z drugiej strony zabrania wybijania okien i innych otworów z widokiem na dziedzinę sąsiada w pewnej odległości od granicy, chroni więc właściciela przed spojrzeniem sąsiada.

Prawo prywatne austrjackie nie zna żadnego z obu powyższych kierunków. Kodeks cywilny sam przez się, t. j. z ustawy nie zapewnia właścicielowi, mieszkającemu w swym domu, dostępu światła i powietrza do okien z gruntu sąsiedniego, ani widoku z okien tych na sąsiednie grunty. Korzystanie ze światła, powietrza i widoku, stanowi samo przez się niechronioną prawnie korzyść faktyczną. Ustęp 1, § 364 ABGB, zakazuje tylko naruszenia praw trzecich osób (»in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht«) i dlatego też mogę, budując na swym gruncie, odebrać sąsiadowi światło i powietrze względnie widok, jeśli sąsiadowi nie przysługuje na mym gruncie odnośna służebność. Już Schuster [3] uzasadniał obszernie tę tezę, wyprowadzając ją z §§ 297, 362 i 1305 ABGB i z »naturalnego« prawa własności Można również wybić w swym własnym murze okna na grunt sąsiada wychodzące, byle się nie otwierały w słup powietrza sąsiada, a to ze względu na § 297 ABGB [4] i niema obowiązku zakratowania ich na żądanie sąsiada [5], nie można bowiem przyjąć analogji z oknem wybitem w cudzym murze na podstawie służebności okna z § 488 ABGB (Fensterrecht).

Tak więc prawo cywilne austrjackie, wysuwające, jak wia-

[1] Orz. z 25. III. 1862 i 12. IV. 1910.
[2] Orz. z 2. VII. 1867.
[3] l. c. str. 63—66.
[4] Orz. 23. XI. 1882, Zb. nr 9197.
[5] Orz. z 7. X. 1887, Zb. 11773.

domo, na pierwszy plan wolność właściciela, odsyła ograniczenia prawa własności dla zapewnienia światła oknom sąsiada z jednej strony, a dla uchronienia właściciela od niedyskretnych spojrzeń i innych oddziaływań z okna sąsiada z drugiej strony — do prawa budowlanego, a więc publicznego. Dla przykładu przypominamy przepis § 27 ust. budowlanej dla m. Krakowa, przytoczony powyżej (str. 120), a zawierający odstępy ustawowe »od granicy ościennej« dla okien i balkonów.

Bardzo drobiazgowo unormował tę kwestję kodeks francuski.

Art. 676. »Właściciel muru niewspólnego (non mitoyen), przytykającego bezpośrednio do obcej dziedziny, może robić w nim otwory dla światła (jours) lub okna zakratowane i z nieruchomem oszkleniem.

Okna te winny być zaopatrzone w kratę żelazną, której otwory będą miały najwyżej 1 decymetr (około trzech cali i ośmiu linij) i w nieruchomą osadę szkła«.

Art. 677. »Nie wolno zakładać tych okien i otworów dla światła na parterze (rez-de-chaussée) niżej niż na 26 decymetrów (ośm stóp) nad podłogą pokoju, który się chce oświetlić, a niżej niż na 19 decymetrów (6 stóp) nad podłogą na wyższych piętrach«.

Art. 678. »Nie można mieć otworów z widokiem nawprost (vues droites), lub okien z widokiem (fenêtres d'aspect), ani balkonów lub innych podobnych występów (saillies) na dziedzinę ogrodzoną lub nieogrodzoną swego sąsiada, jeśli odległość muru, w którym takie widoki się robi od wspomnianej dziedziny, nie wynosi 29 decymetrów (6 stóp)«.

Art. 679. »Nie można mieć na tę dziedzinę otworów z widokiem bocznym lub ukośnym (vues par côté ou obliques), jeśli niema odległości 6 decymetrów (2 stóp)«.

Art. 680. »Odległość, o której mowa w poprzedzających dwóch artykułach, liczy się od zewnętrznej powierzchni muru, w którym robi się otwór, a jeśli chodzi o balkony lub inne podobne występy (saillies) od zewnętrznej ich linji do linji oddzielającej dwie własności«. Przepisy powyższe są dość dokładną kopją art. 200—202 zwyczajów paryskich (Coutume de Paris), tak dalece, że nawet odstępy 6 stóp w art. 678 C. c. i 2 stóp w art. 679 C. c., przejęto żywcem stamtąd. Ustawa francuska rozróżnia między »vues« a »jours«. »Vues« są to otwory bądź wogóle niezamknięte, bądź też opatrzone oknami otwierającemi się normalnie. Natomiast przez »jours«

rozumie kodeks francuski otwory zakratowane i zamknięte nadto oszkleniem nieruchomem, nieotwierającem się. Służą one więc tylko do przepuszczania światła, celem oświetlenia pokoju, jednak nie do wietrzenia pokoju, gdyż nie przepuszczają powietrza [1], ani do patrzenia przez nie na grunt sąsiada, co się objawia w tem, że wolno je zakładać we własnym murze, wprawdzie wprost na granicy, lecz w wysokości ponad posadzką pokoju, większej niż wzrost normalnego człowieka (2 m 60 cm lub 1 m 90 cm), (art. 677 C. c.). Natomiast »vues« służą zarówno do przepuszczania powietrza jak i światła, oraz do patrzenia na dziedzinę sąsiednią.

W razie niezachowania przepisanych odstępów od granicy lub podłogi, musi właściciel na żądanie sąsiada usunąć je t. j. zamurować.

Przepisy o widokach (art. 678 i 679 C. c.) nie stosują się, gdy chodzi o widok na drogę publiczną [2]. Jak widać z porównania art. 676 i 677 C. c. z art. 678—680 C. c., otwory dla światła wolno robić nad samą granicą sąsiada, natomiast otworów dla widoku nie wolno wybijać nad samą granicą, lecz w odległości ustawowej. Odstęp ten trzeba zachować nawet wówczas, gdy dziedziny są rozdzielone wspólnym dla obu właścicieli pasem ziemi, służącym na przechód i ściek wód [3].

Ograniczenia powyżej przytoczonych artykułów, stanowią, w myśl kodeksu francuskiego, »służebności ustanowione przez prawo«. Doprowadza to do trudności oddzielenia treści uprawnień, względnie obowiązków, wypływających z ustawowej służebności światła czy widoku od takichże służebności umownych, tem bardziej, że jedno i drugie można nabyć przez przedawnienie nabywcze (prescription).

Przedewszystkiem powstaje pytanie, czy ograniczenie wybijania otworów na światło z art. 676 i 677 C. c., ciąży wyłącznie na gruncie właściciela, pragnącego oświetlić swe pokoje, a nie ogranicza w niczem wolności sąsiada, czy też raczej ustanowiono tu na rzecz właściciela otworów na światło — służebność światła (ne luminibus officiatur) na gruncie sąsiednim, słowem, który grunt jest służebnym, a który panującym. Nie przeszkadza takiemu ujęciu okoliczność, że obowiązki nałożone art. 676 i 677 C. c., ciążą

[1] Lyon, 9. II. 1906, Sirey 1906, 2, 96.
[2] O. Cass. z 27. VIII. 1849, z 1. VII. 1861 i 1. III. 1848.
[3] Orz. z 4. II. 1889.

właściwie na obu gruntach sąsiadujących ze sobą, a więc służebność jest wzajemną. Chodzi bowiem o rozważenie treści prawnej samej tej t. zw. służebności, bez względu na to czy jest wzajemną, czy nie.

Orzeczenie b. senatu rosyjskiego nr 31/1886 przyjmuje, że sąsiad może, budując in suo, zasłonić otwory i okna, odpowiadające art. 676 C. c. Przeciw tej tezie wypowiada się Konic [1] podnosząc, że uprawnienie z art. 676 i tak jest bardzo ograniczone.

Ta sama kwestja powstaje w wypadku zasiedzenia. Jeśli właściciel wbrew przepisom art. 676 i 677 C. c. wybił otwór dla światła zbyt nisko nad podłogą, lub zgoła wybił okno dla widoku i posiadał je przez 30 lat, czy wówczas sąsiad traci tylko skargę o usunięcie t. j. zamurowanie tych otworów, czy też nie może nadto zasłonić ich przez budynki postawione in suo?

To samo odnosi się do art. 678, 679 i 680 C. c. o widokach. I tu jest rzeczą sporną w orzecznictwie i nauce prawa czy przepisy te stanowią tylko zakazy urządzania okien z widokiem, balkonów i t. p., w odległości mniejszej niż ustawowa od granic sąsiada, a więc ciążą na gruncie, stanowiącym własność osoby pragnącej okna te, balkony, wykusze i t. p. zbudować, czy też zapewniają wybudowanym z zachowaniem ustawowych odległości oknom i t. p., prawo widoku na gruncie sąsiada a więc ciążą na gruncie, na który okna te, balkony i t. p. wychodzą.

Wedle orzeczeń kasacyjnych z 24. VI. 1823 i 7. III. 1855 »służebność lub prawo widoku, jeśli umowy odmiennej nie zawarto między stronami, nie rozciąga się na grunt służebny i nie zawiera zakazu budowania na nim w inny sposób, jak w odległościach przepisanych przez art. 678 i 679«. Orzeczenie to jest całkiem niezrozumiałe. Jakaż to służebność, która nie ciąży na gruncie służebnym? Widać pomieszano służebność ne luminibus officiatur, ciążącą na gruncie położonym przed oknem, z równie negatywną służebnością niebudowania okien i balkonów w pewnej odległości od granicy, ciążącą na gruncie, na którym okno się znajduje. W pierwszym wypadku przysługuje prawo służebności właścicielowi okna (powiedzmy tak dla uproszczenia) i jego grunt jest panujący, a w drugim gruntem panującym jest dziedzina przed oknem położona. Wybrano pierwszą konstrukcję, lecz obcięto jej konsek-

---

[1] Prawo rzeczowe, str. 508/9.

wencje! — Rzecz jasna, że przez przedawnienie lub tytuł gasną ograniczenia z art. 678—680 C. c. w tym sensie, że nie można żądać usunięcia zbyt zbliżonych okien, balkonów i t. p.

Quid iuris, gdy posiadałem nadmiernie zbliżone okno z widokiem przez 30 lat, a sąsiad obecnie stawia na samej granicy ścianę, pozbawiającą mnie widoku?

Podczas gdy wyroki kasacyjne francuskie z 22. VIII. 1853 i 19. X. 1886 i orzeczenie z 29. VII. 1907 [1], oraz Demolombe [2], Laurent [3] oraz Huc [4], stają na stanowisku nabycia przeze mnie służebności ne luminibus officiatur i wymagają od mego sąsiada zachowania odległości ustawowych od mych okien (?), jeśliby budowa miała me okna zasłonić — belgijskie wyroki kasacyjne z 14. II. 1889, 5. V. 1892 i 28. XII. 1893 [5], podobne w tem do powołanego wyżej wyroku b. Senatu rosyjskiego nr 31/1886 uznają, nawet w tym wypadku, nieograniczone prawo budowania po stronie mego sąsiada, wychodząc widocznie z założenia, że chodziło o służebność wyłącznie na mym gruncie ciążącą, która zgasła przez przedawnienie skargi po stronie uprawnionego sąsiada mego.

Na przepisach dotyczących okien, widać jasno do jak niemiłych konsekwencyj prowadzi konstrukcja przepisów sąsiedzkich, jako służebności z ustawy.

Kwestję okien na grunt sąsiada, normują w myśl art. 124 ustawy wprowadczej do kodeksu cywilnego niemieckiego, przepisy krajowe. W województwach popruskich, obowiązują więc jeszcze przepisy Landrechtu pruskiego.

W prawie niemieckiem znajdujemy nieco mniej trwogi właściciela przed spojrzeniem sąsiada i wolno w ścianie lub w murze wybijać otwory nawet wówczas, gdy z nich rozpościera się widok na grunty sąsiednie (I. 8, § 137). Jedynie, jeśli otwory te wybija się w ścianie lub murze graniczącym bezpośrednio z podwórzem lub ogrodem sąsiada, należy otwory te umieścić 6 stóp ponad podłogą pokoju, o ile okoliczności na to pozwalają, a w każdym razie zakratować je sztabami żelaznemi, odległemi od siebie najmniej o 2 cale, lub też kratą gęstą drucianą (I. 8, § 138).

[1] Req. 29. VII. 1907, D. P. 1910, 1. 78, S. 1908, 1. 229.
[2] T. XII, nr 580 i 581.
[3] T. VIII, nr 61 i 62.
[4] Str. 476.
[5] Sirey, 92, 4, 37 i 94, 4, 28.

Gdyby wybito okna niżej lub niezakratowane, służy sąsiedniemu właścicielowi skarga o usunięcie ich, lecz w braku natychmiastowego sprzeciwu z jego strony, wchodzi analogicznie w zastosowanie § 912 BGB o budowlach, przekraczających granicę.

Jeśli zaś buduje się przed oknami sąsiada, które istnieją już conajmniej od 10 lat, a ubikacje oknami temi zaopatrzone otrzymują światło tylko z tej strony, z której budowa następuje, to nowa budowa musi ustąpić tak daleko, by sąsiad z zamkniętego okna na niższem piętrze (unteres Stockwerk), mógł zobaczyć niebo (I. 8, § 142). Poprzednio orzekano, że wystarczy, by sąsiad mógł to uczynić w jakikolwiek sposób i w jakiejkolwiek postawie [1]. Następnie jednak przyjęto [2], że odległość tę należy wypośrodkować w ten sposób, by człowiek średniego wzrostu stojąc prosto przy nieotwartem oknie na niższem piętrze mógł niebo zobaczyć.

Jeśli światło do ubikacji pada jeszcze z innej strony to wystarczy, by z okna 2-giego piętra w powyższy sposób można było niebo zobaczyć (I. 8, § 143). Jeżeli zaś okno nie istniało 10 lat, wystarczy zachowanie zwykłej odległości od istniejących budynków, przepisanej przez § 139 I. 8 (3 stopy) lub przepisy policyjne (I. 8, § 144). — Co do charakteru prawnego tego prawa światła (Lichtrecht), służącego sąsiadowi, różnie twierdzono. Koch uważał je za ustawową służebność gruntową [3] i twierdził, że po upływie 10 lat przyjmuje się z ustawy zgodę właściciela na nowe okna, a zwalczał mniemanie, jakoby przez tych 10 lat następowało zasiedzenie, natomiast Dernburg [4] bronił poglądu, jakobyśmy mieli tu do czynienia z prawem zakazowem (Untersagungsrecht), nabytem 10-letniem zasiedzeniem. Słusznem jest zdaniem mojem twierdzenie Wolffa [5], że jest to tylko określenie »treści własności« na obu gruntach przywiązane, między innemi również i do upływu pewnego czasu. Strony chcąc usunąć tę »treść własności«, muszą ustanowić umownie służebność na gruncie, na który okna wychodzą. Tak więc nietylko nie jest prawo to służebnością, lecz tylko w drodze ustanowienia służebności może być usunięte.

---

[1] Pl. Beschl. Pr. 786, Ob. Tr. z 9. III. 1839, Entsch. V, 166.

[2] RGE 32, 196, RG Gruchots, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 62, 264.

[3] Kommentar zum ALR, § 142, I. 8.

[4] Sachenrecht, § 86, 17.

[5] l. c., str. 176.

Właścicielowi okien po 10 latach służy ochrona negatoryjna przeciw budowom, zasłaniającym mu niebo.

W końcu wedle § 148, I. 8, nie wolno zakładać nowych drzwi prowadzących bezpośrednio na grunt sąsiada wbrew jego woli.

W prawie szwajcarskiem sprawa okien należy w myśl art. 686 ZGB, omówionego w rozdziale IV (str. 126), wraz z przepisami budowlanemi do prawa kantonalnego.

Rozdział VI. Zakazy prawa wodnego.

Polska ustawa wodna z 19. IX. 1922, nr 102, poz. 936 Dz. U. Rp., w brzmieniu rozp. z 13. IV. 1928, nr 62, poz. 574 Dz. U. Rp., obejmująca 266 obszernych artykułów, normuje wyczerpująco prawo własności i użytkowanie wód (część I i II). Równocześnie spotykamy w austrjackim kodeksie cywilnym (§§ 287, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413 ABGB) i w kodeksie Napoleona (art. 538, art. 556—563, art. 640—645 C. c.), liczne postanowienia z tego samego zakresu.

W niemieckim kodeksie cywilnym (BGB) nie spotykamy postanowień z dziedziny prawa wodnego; art. 65 ustawy wprowadczej do kodeksu cywilnego niemieckiego, zastrzegł je ustawodawstwu krajowemu.

Ponieważ polska ustawa wodna jest późniejsza i w art. 264 postanawia, iż z dniem jej wejścia w życie, tracą moc obowiązującą sprzeczne z nią postanowienia ustaw i rozporządzeń, odnoszące się do tych samych przedmiotów, przeto należy wyjść od tej ustawy, a resztę t. j. kodeksy cywilne, rozpatrywać pod kątem widzenia sprzeczności, względnie niesprzeczności z jej postanowieniami. Przedtem jednak ustalić trzeba czy przepisy ustawy wodnej są prawem publicznem czy prywatnem, a raczej czy wszystkie jej postanowienia mają charakter publicznoprawny. Rzecz przedstawia się bowiem dość wątpliwie, gdy się uwzględni, że art. 184 zatytułowany »Właściwość władz«, powiada lakonicznie: »Władzami właściwemi w sprawach wodnych... są: 1) Ministerstwo Robót Publicznych, 2) wojewódzka władza administracji ogólnej, 3) powiatowa władza administracji ogólnej« Co należy rozumieć przez sprawy wodne? Czy wszystkie wypadki uregulowane w ustawie wodnej?

Tak ogólnikowo sprawy tej rozstrzygnąć nie można. Musi się bowiem jeszcze ustalić przedtem stosunek jaki zachodzi między

częścią I i II ustawy wodnej o prawie własności wód i o użytkowaniu wód do odpowiednich przepisów kodeksów cywilnych austrjackiego i francuskiego, oraz do odpowiednich przepisów pruskich i sprawę traktować oddzielnie dla każdego obszaru prawnego Rzeczypospolitej.

Narazie przytoczmy przepisy ustawy wodnej.

»Ograniczenie prawa rozporządzania wodą prywatną:

b) wodą jezior.

Art. 18 (1). Właściciel jeziora, nie należącego do wody płynącej, nie jest uprawniony spuszczać go, lub jego zwierciadła tak obniżać, iżby przez to stan wód gruntowych uległ zmianie ze szkodą innych, chyba, że to jest potrzebne dla zwykłego odwodnienia gruntów.

(2). Również nie wolno właścicielowi wpuszczać do jeziora wody i innych cieczy, lub wrzucać stałych lub mulistych materji, które mogą wodę ze szkodą dla innych zanieczyścić.

c) wodą podziemną.

Art. 19 (1). Właściciel gruntu nie może stale zabierać do użycia i zużycia większej ilości wody podziemnej, niż to jest potrzebne do użytku domowego i do gospodarstwa, gdyby przez to:

1) zakład wodociągowy lub źródło, użytkowane przez kogo innego, zostały pozbawione wody, lub wydajność ich istotnie została zmniejszona;

2) dotychczasowe użytkowanie cudzego gruntu zostało uszczuplone;

3) stan wody płynącej lub jeziora tak został zmieniony, iżby inni w wykonaniu swoich praw zostali przez to ukróceni.

(2). Właściciel gruntu nie ma prawa:

1) piętrzyć wody gruntowej doliny zapomocą podziemnych urządzeń;

2) wprowadzać lub wpuszczać do ziemi takich materji, któreby zanieczyszczały wodę podziemną, wodę płynącą lub jezioro, ze szkodą dla innych.

(3). Przepis ustępu 2, punktu 2, nie ma zastosowania do nawożenia gruntów«.

»Użytkowanie wody prywatnej przez właściciela.

Ograniczenie użytkowania wody płynącej.

Art. 37 (1). Przez użytkowanie wody płynącej nie można:

1) ze szkodą innych ani zmieniać odpływu, ani wody zanieczyszczać;

2) tak zmieniać stanu wody, aby przez to inni w prawach do wody zostali ukróceni, albo obce grunty zostały na szkodę narażone;

3) utrudniać innym należytego utrzymania wód płynących i brzegów.

(2). Nieznaczne szkody nie mają być brane pod uwagę.

(3). Zmiana poziomu wody, która powoduje zmianę stanu wody gruntowej na niekorzyść innych, jest wówczas dozwolona. jeżeli została uskuteczniona przez wprowadzenie wody, lub obniżenie zwierciadła wody, w celu odwodnienia rowami lub drenami gruntów, dla których woda płynąca stanowi odpływ naturalny«.

Art. 38 (2). »Właściciele gruntów nadbrzeżnych nie są uprawnieni do takiego piętrzenia wody, któreby sięgało poza granicę ich gruntów, albo uniemożliwiało osuszenie cudzych gruntów dla potrzeb rolnictwa«.

Przepisy powyższe, jak to widać z napisów, regulują prawo własności na wodach prywatnych, wprowadzając kilka »ograniczeń prawa rozporządzania wodą prywatną« (art. 17—19 ust. wodnej) i »ograniczenia użytkowania wody płynącej prywatnej przez właściciela« (art. 37 i 38).

Art. 19 ust. 1, p. 1 usuwa w Małopolsce, przyjmowaną zdawna przez prawników austrjackich, możność odcięcia żyły wodnej sąsiadowi, który tylko faktycznie z niej korzystał, nie nabywszy żadnej służebności na mym gruncie [1].

Na terenie Małopolski obowiązywała poprzednio krajowa ustawa galicyjska o prawie wodnem z 14. III. 1875, nr 38 Dz. U. kr., zawierająca w § 75 przepis, iż »wszystkie sprawy odnoszące się według tej ustawy do używania, prowadzenia i wstrzymywania wody, należą do zakresu działania władz politycznych«, t. j. administracyjnych. I rzeczywiście orzecznictwo wykonywały władze administracyjne wraz z Trybunałem Administracyjnym we Wiedniu. Sporną była nawet nieinteresująca nas tutaj sprawa, czy orzecznictwo w sprawach o naruszenie w posiadaniu praw wodnych, należy do sądów czy też władz administracyjnych [2].

---

[1] Schuster, l. c. 97/8.

[2] Randa, Das österr. Wasserrecht, § 10, str. 152 i nast.

W tym kierunku nic nie zmieniło się w Małopolsce skutkiem wydania ustawy wodnej z 19. IX. 1922 Dz. U. Rp. nr 24, poz. 205. Jedynie w miejsce jasnego przepisu § 75 ustawy wodnej galicyjskiej, wszedł zupełnie giętki i nieokreślony art. 184 ustawy wodnej polskiej. Tak więc przepisy powyższe polskiej ustawy wodnej są prawem publicznem, gdyż do sankcji powołane są z urzędu władze administracyjne.

Nie sprzeciwia się temu okoliczność, że nie uchylono powołanych na wstępie tego rozdziału paragrafów ustawy cywilnej austrjackiej, dotyczących niektórych materji unormowanych od r. 1869 państwową austr. ustawą wodną z 30. V. 1869, nr 93 Dz. U p. i zgodną z nią galicyjską ustawą wodną z 14. III. 1875, nr 38 Dz. U. kr., a więc specjalnemi ustawami wodnemi. Nie poruszając już zupełnie kwestji, czy odnośne przepisy ustawy cywilnej są samodzielnemi przepisami, czy też fragmentami niesamodzielnemi i pytania czy i w jakiej mierze przepisy te są zgodne z brzmieniem ustaw wodnych, wypada podkreślić, że materje unormowane temi przepisami, przeszły z chwilą wejścia w życie ustaw wodnych z prawa prywatnego w publiczne, choćby bez zmiany w treści samych przepisów. Widzieliśmy bowiem, że różnica między temi dwoma działami prawa tkwi w sferze sankcji danego przepisu i jest czysto formalna, gdyż wynika z powołania przez ustawę różnych osób, do żądania lub wymierzania sankcji.

Kodeks Napoleona zawiera jak wspomniano również szereg postanowień, dotyczących używania wody prywatnej przez właściciela i innych »spraw wodnych« (art. 538, art. 556—563, 640—645 C. c.). Przepisy typu zakazowego przytoczymy tutaj w brzmieniu pierwotnem, w którem dodziśdnia w b. Kongresówce obowiązują:

Art. 641 C. c. »Kto ma na swym gruncie źródło, może czynić z niego użytek podług swej woli z zachowaniem prawa, jakie właściciel gruntu niższego nabył (pourrait avoir acquis) przez tytuł lub przez przedawnienie«.

Art. 642. »Przedawnienie w tym wypadku nabyć można jedynie przez korzystanie nieprzerwane w ciągu lat trzydziestu, licząc od chwili, gdy właściciel gruntu niższego poczynił i ukończył roboty widoczne, przeznaczone do ułatwieniu spadku i biegu wody w swej własności«.

Art. 643. »Właściciel źródła nie może zmieniać jego biegu,

gdy ono dostarcza mieszkańcom gminy, wsi lub przysiółka koniecznej (nécessaire) im wody; lecz jeżeli mieszkańcy nie nabyli, lub przez przedawnienie nie posiedli używania źródła, właściciel może żądać odszkodowania jakie biegli określą«.

Art. 641 i 642 C. c., określają właściwie tylko treść prawa własności źródła, a jedynie art. 643 zawiera zakaz ograniczający tę własność. Analogicznego przepisu nie zna polska ustawa wodna, a w swym artykule 17, zakazuje zmiany kierunku odpływu ze źródeł tylko, gdyby stąd powstała szkoda g r u n t u niżej położonego. Dlatego też musimy przyjąć, że art. 643 C. c. obowiązuje nadal. Niema zaś wątpliwości, że przepis ten jest prywatnoprawny, i że sądy są powołane do orzekania w razie naruszenia obowiązku nałożonego przezeń na właściciela źródła.

Właściciel źródła zachowuje prawa udzielone mu przez art. 641 C. c., mimo że przez 30 lat woda z jego źródła spływała na drogę publiczną, gdzie z niej korzystali właściciele niższych gruntów [1], chyba, że właściciele niżsi wykonali widoczne urządzenia, celem skierowania wody na swe grunta [2]. Roboty te muszą być wykonane bądź przez samego właściciela niższego, bądź z jego polecenia i w jego interesie [3]. Urządzenia takie muszą być wykonane na gruncie wyższym, a nie wystarcza, iż zbudowano je na niższym [4]. Nie stosuje się również art. 642, jeżeli roboty wykonano w miejscu, gdzie wody źródlane już połączyły się z biegiem wody głównej [5].

Odnośnie zaś do art. 643 C. c. stają sądy francuskie na stanowisku, że przepisu tego nie można stosować, gdy odpływ ze źródła jest tylko korzystny a nie konieczny dla mieszkańców niższych [6], a stosować go należy wówczas, gdy ustalono, że niema przewyżki wody potrzebnej i że źródło to jest niezbędne dla ogółu mieszkańców [7]. Mamy tu do czynienia z bardzo dotkliwem ograniczeniem własności prywatnej na źródłach, ustanowionem w inte-

---

[1] Cass. z 9. XII. 1862 i z 19. XI. 1855.

[2] Orz. Cass. z 19. XI. 1855, z 17. X. 1899 i z 19. X. 1910.

[3] Orz. fr. z 15. IV. 1845, 18. III. 1857 i 30. XI. 1909.

[4] Orz. Cass. 25. VIII. 1812, 6. VII. 1825, 5. VII. 1837, 15. IV. 1845, 15. II. 1854, 18. III. 1857, 8. II. 1858, 23. I. 1867 i 30. XI. 1909.

[5] Orz. z 11. II. 1903.

[6] Orz. Cass. z 4. III. 1862.

[7] Orz. fr. z 7. XII. 1903.

resie publicznym (mieszkańcy gminy, wsi lub przysiółka), a należącem w myśl naszej tezy, mimo to do prawa prywatnego!

Wystarczy w tem związku wspomnieć tylko, że ustawa francuska z 8. IV. 1898 wprowadziła pewne zmiany art. 641, 642 i 643 C. c. w tym kierunku, że istnieje obowiązek odszkodowania właściciela niższego, jeśli właściciel wyższy przez roboty, około źródła swego dokonane, naraził go na szkodę, a więc znoszenie przepływu wody źródlanej z wyższego gruntu bez odszkodowania, ograniczono do wypadku w art. 640 C. c. przewidzianego (»bez przyłożenia ręki ludzkiej«), a nadto wprowadzono postanowienie, że właściciel nie może zmieniać biegu naturalnego wody ze szkodą niższych właścicieli, którzy jej używają, także i wówczas, gdy odpływ ze źródła tworzy za gruntem właściciela wodę publiczną i płynącą.

Mimo tradycji kodeksu Napoleońskiego, który kwestje prawa wodnego normował jako prywatnoprawne i poddawał orzecznictwu sądów, wypadki przewidziane obecnie polską ustawą wodną — należy uważać również i na terenie b. Kongresówki, iż orzecznictwo należy w nich do władz administracyjnych z wyjątkiem wypadków, wyraźnie w ustawie przewidzianej, właściwości sądów.

Utrzymanie jakiejś posiłkowej właściwości sądów w sprawach wodnych, w wypadkach odmowy władz administracyjnych wydania odnośnych zarządzeń, za czem przemawia Konic[1], nie da się utrzymać. Błędnie i zupełnie nieprzekonywująco uzasadnione jest orzeczenie izby I. S. N. w Warszawie z 16. XII. 1926 (C. 2222/24, OSP VI 214), stawiające wbrew art. 184 ust. wodnej polskiej tezę, iż sprawy posesoryjne o zakłócenie odpływu wód, należą do właściwości sądów.

W b. zaborze pruskim obowiązywała dawniej pruska ustawa wodna z 7. IV. 1913. Przyjmowano podwójną kompetencję władz w sprawach wodnych. Z jednej strony władza wodna, mogła w myśl § 21 cyt. ustawy, wydawać zarządzenia w razie naruszenia przepisów prawa wodnego, z drugiej zaś mógł interesowany, jeśli naruszono jego prawa podmiotowe, zwrócić się o pomoc do sądów. Prawa stron wynikające z przepisów prawa wodnego uznawano bowiem za prawa prywatne, stała więc dla nich otworem droga sporu cywilnego. Mielibyśmy w ten sposób przepisy należące za-

---

[1] l. c., str. 449.

równo do prawa prywatnego jak i do publicznego. Wynik nie tak paradoksalny jakby się zdawało. Jak wiemy, podział nasz oparty jest na czysto formalnem kryterjum, czy osoba na której wniosek lub skargę następuje sankcja, względnie która sankcję z urzędu wymierza, jest organizmem związku przymusowego czy też nie — nie wyklucza okoliczności, że ustawa powołuje do sankcji zarówno osoby pierwszej jak i drugiej kategorji. W tych, nielicznych zresztą wypadkach, mamy przepis o mieszanym charakterze.

Pozostaje do rozważenia czy podobnej podwójnej kompetencji, nie przyjąć również dla polskiej ustawy wodnej. Treść jej nie sprzeciwiałaby się temu zupełnie. Nadto art. 1 § 3 prawa o ustroju sądów powszechnych, rozp. Prez. Rp. z 6. II. 1928, Dz. U. Rp. nr 12 poz. 93, zastrzega kompetencji sądów powszechnych wszystkie sprawy nie przekazane szczególnemi przepisami innym sądom lub władzom, wprowadza więc kompetencję sądów jako regułę. Wracamy więc z powrotem do pytania czy »sprawy wodne«, które art. 184 ust. wodnej zastrzega kompetencji władzy administracyjnej, obejmują wszystkie wypadki unormowane tą ustawą czy nie. Otóż mojem zdaniem ustawa ta zawiera w każdym razie regułę odwrotną niż prawo o ustroju sądów powszechnych i dlatego tylko w wypadkach wyraźnie zastrzeżonych, ustawą wodną, kompetencji sądów, można zwrócić się na drogą sądową. Tem samem koncepcja podwójnej kompetencji nie da się w prawie polskiem utrzymać.

W kodeksie cywilnym szwajcarskim znajdujemy art. 689 p. t. Odpływ wody (Wasserablauf) ust. 3. »Wodę ściekową (Abwasser) potrzebną (nötig) dla niższego gruntu wolno mu tylko o tyle odebrać, o ile jest konieczna (unentbehrlich) dla wyższego gruntu«.

Mamy tu zakaz sformułowany jako ograniczone pozwolenie, co bardzo dobitnie ilustruje naszą tezę, iż pozwolenie jest cofnięciem zakazu (dział I, rozdział I, str. 4).

Jeśli woda ściekowa nie jest konieczną dla wyższego gruntu, wówczas nie wolno jej niższemu gruntowi odebrać, chyba, że temu jest niepotrzebną. Przepis ten nie stosuje się do źródeł (por. art. 704 ZGB), a nie wymaga bezpośredniej styczności gruntów [1]. W razie naruszenia go służy skarga sądowa w myśl art. 679 ZGB.

[1] Leemann, l. c., str. 244.

Dział V. Przepisy typu pati.

Wstęp.

Qui suo iure utitur neminem laedit.

»Qui iure suo utitur nemini facit iniuriam« głosi prawo rzymskie [1]. Zasadę tę w zastosowaniu do prawa własności podkreślały zawsze kierunki indywidualistyczne i liberalizm. W związku z pozytywną stroną prawa własności, oznaczała ta jawna i jaskrawa tautologja (ius to nie iniuria), że żadna z czynności wchodzących w obręb t. zw. wykonywania prawa tego, nie pociąga za sobą obowiązku odszkodowania, gdyż nie jest deliktem, choćby szkoda trzeciej osoby wywołaną została tem właśnie wykonywaniem prawa własności. Jak już powyżej podkreślono (dział IV, rozdział I, str. 90 i nast.) z jednostronnego wyznawania tej reguły prawnej, wypływało uznanie w teorji prawa austrjackiego (przed nowelą III) oddziaływań pośrednich za dopuszczalne, wedle ustawy cywilnej. »Wolność« właściciela wysunięta na pierwszy plan (chociaż o »naturalnej wolności« mówić przestano) doprowadziła do tego, że właściciel nie miał ochrony prywatnoprawnej wobec szkodliwych oddziaływań sąsiada na swój grunt i swą osobę, nawet odszkodowania z reguły nie mógł uzyskać. Tak więc »przyrodzone prawo... przedsiębrania każdej dozwolonej czynności«, stanowiące »naturalną wolność [2], doprowadzało do obowiązku znoszenia wkroczeń, choćby tylko pośrednich, w dziedzinę swej własności. Przerost strony pozytywnej doprowadził do uszczuplenia negatywnej, do wyłomu w ogólnym zakazie oddziaływania na cudzą własność, do odebrania właścicielowi skargi negatoryjnej wobec oddziaływań pośrednich.

W drugim kierunku również szło stosowanie powyższej reguły. Zakłady przemysłowe uruchomiane na podstawie koncesji, czy też pozwolenia władz administracyjnych, wyrządzały w większości wypadków szkodę sąsiadom. Czy to dym i sadza z kominów, czy huk maszyn, wstrząśnienia gruntu, odpływy cieczy nieczystych lub chemikaljów, dają się sąsiadom we znaki. Zabronić ruchu fabryki nie można, bo chroni nietylko samo prawo własno-

[1] l. 55. (Gaius), l. 51. (Paulus), l. 155, § 1 (idem) D. de r. i. 50. 17, l. 24, § 2. D. de damno inf. 39. 2 (Ulpianus), l. 21. D. eod (Pomponius).
[2] Schuster, l. c. 105/6.

ści lecz i pozwolenie władzy. A nawet roszczeniu o odszkodowania przeciwstawiał przedsiębiorca brak cechy bezprawia w czynności wywołującej szkodę.

W obu tych kierunkach zaszła potrzeba wydania przepisów. Zakazy nadmiernych oddziaływań pośrednich poznaliśmy już w dziale IV. Obecnie przyjdzie omówić drugą ich stronę, t. j. obowiązek znoszenia zwykłych oddziaływań pośrednich. Kwestję tę bowiem załatwiono kompromisowo: nadmiernych zakazano, zwykłych nie można zabronić. Inaczej zresztą sprawy tej rozstrzygnąć niepodobna, gdyż wszystkich oddziaływań nie można zakazać.

Nadto omówimy różne sposoby unormowania oddziaływań ze strony zakładów dozwolonych i przepisy ustanawiające podobne do służebności obowiązki z ustawy, lub wprost na ustawie oparte uprawnienia roszczenia sąsiada o znoszenie wkroczeń na grunt właściciela sąsiedniego (droga konieczna, przewody i t. p.).

Rozdział I. Oddziaływania pośrednie dozwolone.

Omówiliśmy je obszernie w dziale IV-tym przy rozpatrywaniu zakazu oddziaływań pośrednich. Tu wystarczy szereg uwag, bez powtarzania tego co wyżej powiedziano.

Wedle § 364 ust. 2 ABGB dozwolone są oddziaływania pośrednie przez odpływ cieczy, dym, gazy, ciepło, zapach, hałas, wstrząśnienia i t. p. tego rodzaju, że bądź nie przekraczają zwykłej, wedle stosunków miejscowych, miary, bądź nie uszczuplają istotnie używania gruntu zwykłego w danem miejscu. Jeśli zachodzi choćby jeden z tych negatywnych warunków, wówczas oddziaływanie jest dozwolone. Nie znaczy to, by właściciel musiał wobec niego zachować całkowitą bierność, owszem może ubezskutecznić je przez odpowiednie urządzenia wzniesione in suo, lecz nie może zakazać sąsiadowi przedsiębrania tego rodzaju czynności. Stanowi to więc wyłom w ogólnym zakazie wpływania na cudzą własność, ograniczenie negatywnej strony prawa własności.

Specjalny wypadek tego rodzaju wynika z § 384 ABGB:

»Domowe roje pszczół i inne zwierzęte swojskie lub oswojone, nie są przedmiotem swobodnego zawłaszczenia; przeciwnie, właściciel ma prawo ścigania ich na obcym gruncie, jednak powinien wynagrodzić posiadaczowi gruntu szkodę, jakąby mu wyrządził. — W przypadku gdy właściciel ula macierzystego nie ści-

gał w ciągu 2 dni roju, albo gdy zwierzę oswojone nie wraca samo przez 42 dni, może każdy je zabrać dla siebie i zatrzymać na publicznym gruncie, na własnym zaś właściciel gruntu«. Stąd widać, że oddziaływania na swój grunt przez przelot pszczół, nie może właściciel zabronić, choćby nawet nie przyjąć dla prawa austrjackiego tezy Pufendorfa [1]: »omnibus vicinis quandam velut servitutem injunctam intellegi, ut apibus passim citra ullius prohibitionem vagari liceat«.

Znaczną doniosłość ma § 364 a ABGB, wprowadzony § 12 noweli III do kodeksu cywilnego austrjackiego (rozp. ces z 19. III. 1916 dzpp. nr 69): »Jeżeli (jednak) zakład górniczy lub zakład przez władzę dozwolony, szkodzi (Beeinträchtigung) sąsiedniemu gruntowi w sposób przekraczający tę miarę, właściciel (posiadacz) gruntu (Grundbesitzer) jest uprawniony tylko do żądania sądownie wynagrodzenia wyrządzonej szkody, nawet gdyby szkodę wywołały okoliczności, na które na rozprawie administracyjnej wcale nie zwrócono uwagi«.

Przepis ten nawiązuje do § 364, ust. 2 ABGB i wyklucza skargę negatoryjną sąsiada, wobec dozwolonych przez władzę administracyjną zakładów. Tu znów niema obowiązku biernego znoszenia szkodliwych oddziaływań, bo można skutki ich usunąć przez odpowiednie urządzenia zbudowane na własnym gruncie, lecz przyczyny, t. j. ruchu zakładu dozwolonego, nie można usunąć skargą negatoryjną o zastanowienie ruchu. Przepis ten odnosi się tylko do oddziaływań pozostających w koniecznym związku z ruchem zakładu, a nie do takich, których można uniknąć mimo kontynuowania normalnego ruchu zakładu, np. przez zastosowanie nowszych urządzeń technicznych. Właściciel nie mógł jednak do niedawna skarżyć wprost o wykonanie takich urządzeń [2]. Nawet wówczas, gdy szkody powstają skutkiem wadliwego i niezgodnego z koncesją, względnie pozwoleniem, urządzenia zakładu, właścicielowi służyło tylko zażalenie do władzy administracyjnej (przemysłowej) i roszczenie o odszkodowanie [3].

Wątpliwość może nasunąć wyrażenie ustawy: »zakład przez władze dozwolony« w tym kierunku, czy przez to rozumieć należy również budynki zwykłe, które wymagają konsensu budowlanego,

---

[1] De jure naturae et gentium III. 1., § 3.
[2] Klang, l. c., str. 40.
[3] Klang, l. c., str. 41.

czy tylko zakłady przemysłowe, mimo, że art. XXXVII ust. wprowadczej do austr. proc. cyw. zniesiono, wprowadzając polskie prawo budowlane, a tem samem § 340 ABGB zyskał na znaczeniu. Mimo to z motywów komisji Izby Panów wynika jasno, że chodziło tu tylko o ochronę przemysłu [1], a więc do oddziaływań pośrednich ze strony domów, stosować należy ust. 2, § 364 ABGB, a nie § 364 a ABGB. Zamiast skargi negatoryjnej o zaprzestanie naruszeń, przyznano właścicielowi tylko roszczenie odszkodowawcze, wobec właściciela zakładu. Jest ono podobnie jak roszczenie o odszkodowanie z § 365 ABGB, w razie wywłaszczenia gruntu [2], roszczeniem wprost z ustawy, gdyż wyrządzeniu szkody, przez ruch dozwolonego przez władze zakładu przemysłowego, brak momentu bezprawia, nie podpada więc pod żadne ze źródeł, z których wedle przepisów kodeksu cywilnego (§§ 1294 do 1322 ABGB) wypływa obowiązek odszkodowania.

Odszkodowanie to obejmowało do niedawna tylko sam zwrot rzeczywiście wyrządzonej szkody (damnum emergens) ze względu na przepis § 1323 ABGB i wyrażenie § 364 a ABGB: »Ersatz des zugefügten Schadens«, a nie rozciągało się na zwrot utraconej korzyści (lucrum cessans). Skarga ta przedawnia wobec nowego brzmienia § 1489 ABGB w 3 lata [3] i zwraca się przeciw temu, kto w czasie wyrządzenia szkody prowadził przedsiębiorstwo.

Powyższy stan prawny uległ poważnej zmianie 15. XII. 1927, t. j. z chwilą wejścia w życie rozp. Prez. Rp. z 7. VI. 1927 o prawie przemysłowem. nr 53, poz. 468 Dz. U. Rp. (art. 198). Zawarty w niem art. 20 postanawia bowiem:

»O ile właścicielowi lub posiadaczowi gruntu przysługuje prawo obrony przeciw szkodom i specjalnym uciążliwościom, wynikającym z ruchu zakładu przemysłowego, urządzonego na gruncie sąsiednim, nie można domagać się w powództwie unieruchomienia zakładu, jeżeli zakład odpowiada co do urządzenia projektowi, zatwierdzonemu przez władzę przemysłową; natomiast można domagać się zastosowania takich urządzeń, któreby usunęły szko-

---

[1] 78 d. Beilagen zu den sten. Protokollen des Herrenhauses, XXI Session, 1912, str. 40.

[2] Por. mój artykuł w Głosie Prawa, 1930, nr 3 i 4 p. t.: Przedawnienie skargi wywłaszczonego właściciela o odszkodowanie z § 365 austr. kod. cyw.

[3] Klang, l. c., str. 45.

dliwe lub przykre oddziaływanie, albo jeżeliby urządzenia takie były niewykonalne, lub uniemożliwiałyby prawidłowy ruch zakładu, wynagrodzenia szkody«.

Tak więc obecnie można domagać się skargą sporządzenia urządzeń zapobiegających oddziaływaniom, a dopiero ewentualnie odszkodowania i to bez ograniczenia do damnum emergens. Odnosi się to tylko do zakładów podpadających pod prawo przemysłowe (art. 1 i 2).

Ustawa wodna polska przewiduje w art. 41, 110 i 196 ust. 2, również możność domagania się od przedsiębiorcy »wzniesienia urządzeń«, któreby szkodzie zapobiegały lub ją wyrównywały, o ile urządzenia takie dadzą się pogodzić z przedsiębiorstwem i gospodarczo usprawiedliwić«, lecz nie w drodze sądowej, tylko wobec władzy wodnej (art. 41, ust. 2 i 196 ust wodnej).

Roszczenie o odszkodowanie występuje dopiero w razie niemożności domagania się powyższych urządzeń i obejmuje podobnie jak w § 364 a ABGB, tylko »istotną stratę« (art. 41 ust. 1, 44 i 52 ust. 2, ust. wodnej). Roszczenie zaś o lucrum cessans należy oceniać w myśl art. 44 cyt. ust., wedle przepisów prawa cywilnego, a więc §§ 1293, 1323 i 1324 ABGB. Odszkodowanie przyznaje władza wodna (art 41 ust. 2, art. 51 ust. 2 i art. 207 ust. 2 cyt. ust.), od jej orzeczenia, służy interesowanym prawo udania się na drogę sądową w 3 miesiącach od doręczenia (art. 207 ust. 2). Roszczenie o wynagrodzenie szkody przedawnia się w ciągu 3 lat od chwili, kiedy poszkodowany dowiedział się, że szkodliwe działanie nastąpiło, a w każdym razie jest wykluczone po 30 latach od wykończenia tej części przedsiębiorstwa, która spowodowała szkodę (prekluzja) (art. 110 ust. 2, ust. wodnej).

Wzgląd na interes właścicieli gruntów sąsiadujących z zakładem przemysłowym, znajduje wyraz w licznych przepisach administracyjno-proceduralnych o rozprawie komisyjnej, o obowiązku władzy administracyjnej wezwania do rozprawy tej sąsiadów, starania się w czasie tejże o ugodowe załatwienie podniesionych, przez sąsiadów przeciw projektowanemu przedsiębiorstwu, zarzutów i sprzeciwów, o objęciu tych zarzutów protokołem rozprawy, o odesłaniu w wydanem orzeczeniu zarzutów natury prywatnoprawnej na drogę sądową, ewentualnie wstrzymaniu udzielenia pozwolenia na przedsiębiorstwo przez władzę administracyjną wskutek tych zarzutów, o doręczeniu orzeczenia sąsiadom, o rekursie względnie

odwołaniu służącem sąsiadom od orzeczenia władzy administracyjnej, o toku instancji i t. p. Wskazać tu należy na art. 14, 18, 19, 20, 21, 22, 25 i 29 rozp. Prez. Rp. z 7. VI. 1927 o prawie przemysłowem, Dz. U. Rp. nr 53, poz. 468, art. 195—207 ust. wodnej z 19. IX. 1922, Dz. U. Rp. nr 102, poz. 936, w brzmieniu rozp. z 13. IV. 1928, Dz. U. Rp. nr 62, poz. 574, §§ 26—28, 54 lit. c, 61, 62, 64, 81 i 231 austr. ust. górniczej z 23. V. 1854 nr 146 Dz U. P., art. 65, art. 188—195 i 206—223 rozp. Prez. Rp. z 29. XI. 1930, nr 85, poz. 654 Dz. U. Rp. (prawo górnicze), (przedtem art. 2 i 5 ust z 11. IV. 1924, Dz. U. Rp. nr 40, poz. 424 o władzach górniczych), §§ 7 i 11 ust. naftowej z 11. V. 1884, Dz. P. P. nr 71, § 20 ust. naftowej z 9. I. 1907, Dz. U. P. nr 7, §§ 64—66 i 71 ust. naftowej galicyjskiej z 22. III. 1908, Dz. U. kr. nr 61.

Sąsiedni właściciel gruntu nie może wymusić na drodze sądowej publicznoprawnego obowiązku przedsiębiorcy górniczego starania się, by budowa na powierzchni i w kopalni była możliwie wolna od niebezpieczeństw dla ludzi i mienia (§ 170 lit. a, ust. górn. austr. i art. 143 ust. 3, prawa górniczego polskiego) Podobnie art. 18 i 25 prawa przemysłowego, przewiduje obowiązek władzy administracyjnej czuwania nad tem, by zakład przemysłowy nie zagrażał życiu i zdrowiu sąsiadów i nie narażał sąsiedztwa na specjalne uciążliwości. Nad przestrzeganiem tych obowiązków, czuwa z urzędu władza administracyjna.

Wedle orzecznictwa francuskiego, nie można sąsiedniemu właścicielowi zakazać oddziaływań pośrednich, a tylko należy się odszkodowanie, gdy można czynność uznać za winę (faute art. 1382 i 1383 C. c.). Za winę zaś poczytuje się czynności wywołujące skutki, przekraczające zwykłą miarę obowiązków sąsiedzkich [1].

Tak więc zwykłe oddziaływania są dozwolone i zakazać ich nie można, ani żądać wynagrodzenia zrządzonych niemi szkód.

Jeśli zaś chodzi o zakłady przemysłowe, to judykatura francuska przyjmuje obowiązek przedsiębiorcy wynagrodzenia szkody zrządzonej sąsiadom przez ruch zakładu, mimo pozwolenia władz, na którem ruch się opiera i zachowania przepisanych odległości od ościennych gruntów [2].

---

1 Wyr. Cass. z 20. II. 1849.

2 Wyr. z 18. XI. 1884 i 11. VI. 1877; co do t. zw. établissements insalubres, dangereux ou incommodes, wyr. Cass. z 11. i 19. VII. 1826,

Rzecz jasna, że w tych wypadkach nie można żądać sądownie unieruchomienia zakładu. Obecnie obowiązują na terenie b. Kongresówki w tym względzie omówione powyżej przepisy prawa przemysłowego i ustawy wodnej, oraz do niedawna obowiązywała rosyjska ustawa górnicza (Zbiór praw Ces. Ros., t. VII., wyd. 1912 r.).

§ 906 niemieckiego kodeksu cywilnego opiewa jak to już wyżej (str. 108) podkreślono: »Właściciel gruntu nie może... zakazać... oddziaływań...« wypowiada więc wprost, iż dozwolone są zwykłe oddziaływania pośrednie, »nienaruszające wcale lub tylko nieistotnie używanie gruntu, lub będące skutkiem używania sąsiedniego gruntu, które wedle stosunków miejscowych, jest zwyczajnem na gruntach tego położenia«, przyczem wystarcza zajście choćby jednej z tych okoliczności, by oddziaływanie było dozwolone.

§ 26 niemieckiej ordynacji przemysłowej, recypowało prawie dosłownie polskie prawo przemysłowe w przytoczonym wyżej art. 20.

Odmiennie uregulowało sprawę tę prawo szwajcarskie w przytoczonym już (str. 110) art. 684 ZGB. Nie rozróżnia bowiem oddziaływań pośrednich, wychodzących od zakładów przemysłowych, opartych na pozwoleniu władzy od zwykłych takich oddziaływań i zakazuje zarówno jednych jak i drugich, gdy są szkodliwe i nieusprawiedliwione wedle położenia i natury gruntów lub zwyczaju miejscowego, a zatem dozwala ich a contrario, gdy bądź nie są szkodliwe wogóle, bądź też są usprawiedliwione czy to położeniem lub naturą gruntów, czy też zwyczajem miejscowym.

Jeśli zaś oddziaływania zakładu przemysłowego są szkodliwe i nieusprawiedliwione, wówczas można po myśli art. 679 ZGB, żądać sądownie usunięcia naruszenia względnie zaniechania dalszych naruszeń, i odszkodowania bez względu na winę, gdy właściciel jest pozwanym — a to mimo, że przedsiębiorca uzyskał policyjne lub administracyjne pozwolenie na zakład oddziaływujący [1].

Roszczenie z art. 684 ZGB traci właściciel wówczas, gdy sprzedał część swego gruntu na fabrykę, a to wobec nabywcy i jego następców uniwersalnych [2].

Miara, którą każe stosować art. 684 ZGB, oparta na zwyczaju miejscowym, zmienia się w miarę zmiany tegoż zwyczaju. Jeśli

---

3. V. 1827, 23. V. 1831, 17. VII. 1845, 28. II. 1848; co do zwykłych przedsiębiorstw przemysłowych, wyr. Cass. z 17. XI. 1844 i 20. II. 1849.

[1] Leemann, l. c., str. 230/1.

[2] Leemann, l. c., str. 230.

w dzielnicy fabrycznej zakładam sanatorjum, wówczas nie mogę uskarżać się na huk maszyn, sadze i wstrząśnienia. Jednak gdy fabrykę założoną przed laty za miastem w szczerem polu, obejmą ze wszystkich stron budynki mieszkalne rozszerzającego się miasta, wtedy sąsiedzi mogą mi zabronić oddziaływań, z ruchu fabryki pochodzących, gdyż zwyczaj miejscowy się zmienił i powołanie się na prewencję, nic właścicielowi fabryki nie pomoże [1].

Rozdział II. Budynki przekraczające granicę.

Ani kodeks austrjacki ani francuski nie regulują specjalnie tej sprawy. Należy więc w Małopolsce stosować przepisy §§ 418 i 419 ABGB o budowaniu na cudzym gruncie. Poznamy je szczegółowo w dziale VIII, rozdział II. Tu wystarczy zaznaczyć, że nie zawierają one obowiązku właściciela gruntu znoszenia części budynków, przekraczającej granicę sąsiada.

W kodeksie Napoleona odnoszą się do naszego wypadku art. 553 i 555 C. c.

Art. 553. »Wszelkie budowy, sadzenia i roboty (constructions, plantations et ouvrages) na powierzchni lub we wnętrzu ziemi, poczytuje się za dokonane przez właściciela, jego nakładem i za należące do niego, jeżeli przeciwny stan rzeczy nie jest dowiedziony, co wszakże nie ubliża prawu własności, jakieby trzeci mógł mieć nabyte lub mógł nabyć przez przedawnienie, czy to do podziemia pod cudzym budynkiem, czy też do innej jakiej części tego budynku«.

Art. 555. »Gdy trzeci poczynił sadzenia, budowy i roboty ze swoich materjałów, właściciel gruntu ma prawo albo je zatrzymać albo zobowiązać trzeciego do ich zabrania.

Jeżeli właściciel gruntu żąda usunięcia sadzeń i budowań, nastąpi to kosztem tego, który je poczynił, bez żadnego dlań odszkodowania; może być nawet skazany stosownie do okoliczności na wynagrodzenie szkód i strat za szkodę, jakiej mógł doznać właściciel gruntu.

Jeżeli właściciel woli zachować te sadzenia i budowania, powinien zwrócić wartość materjałów i cenę roboty, bez względu na możliwe mniejsze lub większe podniesienie się wartości gruntu.

---

[1] Leemann, l. c., str. 231.

Jednakże jeżeli sadzeń, budowań i robót dokonał trzeci pokonany prawem, który z uwagi na dobrą swą wiarę na zwrot przychodów skazany nie został, właściciel nie może żądać zniesienia rzeczonych robót, sadzeń i budowań, lecz służy mu wybór: bądź zwrócić wartość materjałów i cenę roboty, bądź też zwrócić sumę równą tej o jaką się wartość gruntu zwiększyła«. — Mamy tu odmiennie niż w prawie austrjackiem, nie bezpośrednie przejście z ustawy własności gruntu na zabudowującego, lecz bezwzględne przeprowadzenie zasady superficies solo cedit i nadto związanie jej ściśle z wolą właściciela zabudowanego gruntu. Służy mu bowiem wybór albo nabyć własność budynku czy robót, albo wymusić na budującym usunięcie ich i odszkodowanie. Rzecz zmienia się tylko nieznacznie wobec budującego w dobrej wierze, którego nie można zmusić do usunięcia i zapłaty odszkodowania, a przeciwnie należy mu wynagrodzić bądź wartość materjałów i cenę roboty, bądź kwotę odpowiadającą przyrostowi wartości gruntu przez zabudowanie. Wybór znów służy właścicielowi gruntu zabudowanego. Oczywiście ten ostatni może, zapłaciwszy budującemu w dobrej wierze, jedną z powyższych dwóch kwot, zburzyć potem sam wybudowany na swym gruncie budynek lub część budynku.

W prawie francuskiem przeprowadzono więc konsekwentnie indywidualistyczny punkt widzenia. Skutkiem zabudowania, własność gruntu żadnej nie ulega zmianie. Judykatura sądów francuskich, stosując art. 555 C. c. do budowli przekraczających granicę, biedzi się nad tem, by stępić ostrze tego przepisu i orzeka najróżnorodniej, wedle konkretnego rozstrzyganego wypadku [1].

Natomiast w kodeksie niemieckim szczegółowo unormowano wypadek budów wykraczających poza granicę.

§ 912 BGB. »Jeżeli właściciel gruntu przy budowaniu budynku bez złego zamiaru lub grubego niedbalstwa przekroczył budową granicę, winien sąsiad wbudowanie się znosić, chyba że sprzeciwił się temu przed, lub zaraz po przekroczeniu granicy.

Sąsiada należy odszkodować rentą pieniężną. Dla wysokości renty miarodajnym jest czas przekroczenia granicy«.

§ 913 BGB. »Rentę za wbudowanie się w obcy grunt, winien

---

[1] Orz. Cass. z 23. III. 1825, S. 25, l. 249, Cass. z 22. IV. 1823, D. 23, l. 205, S. 23, l. 381, Cass. 26. VII. 1841, D. 41, l. 306, S. 41, l. 837, Cass. z 20. XI. 1912, P. i S. 1913, l. 198.

każdorazowy właściciel gruntu uiszczać właścicielowi gruntu sąsiedniego.

Rentę należy uiszczać rocznie zgóry«.

§ 914. »Prawo do renty wyprzedza wszystkie inne prawa istniejące na obciążonym gruncie nawet starsze. Gaśnie wraz z usunięciem budowy (des Überbaues).

Prawa tego nie wpisuje się do księgi gruntowej. Do zrzeczenia się prawa jakoteż do ustalenia wysokości renty przez umowę, potrzeba wpisu.

Zresztą stosuje się przepisy obowiązujące dla ciężaru rzeczowego (Reallast), istniejącego na rzecz każdoczesnego właściciela gruntu«.

§ 916. »Jeżeli przez wbudowanie się w obcy grunt uszczuplono dziedziczne prawo budowy (Erbbaurecht), lub służebność na sąsiednim gruncie, natenczas stosuje się na korzyść uprawnionego odpowiednio przepisy §§ 912 do 914«.

Tak więc wedle niemieckiego kodeksu cywilnego, jeśli sąsiad budową przekroczył granicę choćby z lekkiego niedbalstwa lecz »bez złego zamiaru i bez grubego niedbalstwa«, wówczas część budynku wystawiona na cudzym gruncie, pozostaje własnością budującego sąsiada i właściciel gruntu musi znosić jej istnienie w zamian za rentę, jeśli nie sprzeciwił się przed przekroczeniem granicy lub najpóźniej zaraz po niem. By powstał obowiązek znoszenia po stronie właściciela zabudowanego gruntu, muszą zajść 4 warunki:

1) przekroczono przy budowie granicę (nawet choćby cały grunt sąsiedni zabudowano [1]) na powierzchni, w podziemiu (piwnica) lub nad ziemią (balkon) [2]. Spornem jest czy § 912 BGB można stosować analogicznie do przekroczenia odstępów ustawowych od granicy, których przy budowaniu należy przestrzegać. Sąd Najwyższy w Lipsku jest temu przeciwny [3];

2) budujący jest właścicielem gruntu sąsiedniego lub współwłaścicielem, uprawnionym z dziedzicznego prawa budowy (Erbbauberechtigte) lub dziedzicznym dzierżawcą (Erbpächter) [4];

3) nie było złego zamiaru ani grubego niedbalstwa, przyczem rozumie się, że wola musi być skierowana na objektywnie bez-

---

[1] RGE 52, 15 i 83, 146.
[2] RGE 88, 41.
[3] RGE 47, 360; 48, 264 i nast.; 87, 371.
[4] Wolff, l. c., § 55, str. 164.

prawne przekroczenie granicy. Niema winy, gdy budujący rozmyślnie buduje poza granicę sądząc błędnie, że tam mu wolno budować [1];

4) uprawniony do sprzeciwu sąsiad (t. j. właściciel, uprawniony z dziedzicznego prawa budowy, dziedziczny dzierżawca lub uprawniony ze służebności (§ 912 i 916 BGB)) nie sprzeciwił się. Takie milczenie nie jest czynnością prawną, więc nie można go zaczepić spowodu błędu, oszustwa czy też przymusu [2].

Gdy warunki te są spełnione powstaje:

1) obowiązek właściciela zabudowanego gruntu znoszenia postawionej budowy, a więc w danym wypadku wykluczenie roszczenia negatoryjnego z § 1004 BGB o usunięcie części budynku przekraczającej granicę. Stanowi on »treść prawa własności« na gruncie zabudowanym, a nie służebność samodzielną, przysługującą sąsiadowi i złączoną tylko w myśl § 96 BGB z jego prawem własności na sąsiednim gruncie [3]. Właśnie sama »treść prawa własności« sąsiada, który budowę wykonał, rozszerza się na część budynku, znajdującą się za granicą. Część ta stanowi własność budującego, lecz grunt pozostaje własnością dotychczasowego właściciela. Wpisu do księgi gruntowej ustawowego obowiązku znoszenia z § 912 BGB nie trzeba, by obowiązek ten zaistniał;

2) obowiązek płacenia renty po stronie właściciela, który przekroczył budową granicę. Prawo niemieckie nadaje właścicielowi zabudowanego gruntu uprawnienie-roszczenie wobec zabudowującego, by przejął na własność zabudowaną przezeń część gruntu. Z uprawnienia tego skorzysta właściciel wówczas, gdy przypadająca mu z ustawy renta go nie zadowolni, a przeciwnie będzie wolał otrzymać jednorazowo kapitał, odpowiadający wartości zabudowanej części gruntu z czasu przekroczenia granicy. Uprawnienie to systematycznie należy do działu IX o wywłaszczeniu prywatnoprawnem, gdzie je bliżej omówić należy.

Szwajcarski kodeks cywilny zawiera art. 674 zatyłowany: Budowy przekraczające granicę (Überragende Bauten).

Art. 674 ZGB. »Budowy i inne urządzenia, wystające z jednego gruntu na drugi, pozostają częścią składową gruntu, z którego wychodzą, jeśli właściciel tegoż ma prawo rzeczowe na ich istnienie (auf ihren Bestand).

---

[1] RGE 52, 15; 74, 88; 83, 145.
[2] RGE 109, 108.
[3] Wolff, l. c, § 55, str. 165.

Prawo budowy poza granicę (Das Recht auf den Überbau) można wpisać jako służebność do księgi gruntowej«.

W zasadzie kodeks szwajcarski wymaga dla postawienia części mej budowy poza granicę mego gruntu, nabycia od sąsiada specjalnego prawa rzeczowego zwanego Überbaurecht, (którego nie należy utożsamiać z prawem budowy Baurecht z art. 779 ZGB, które może stanowić osobną nieruchomość (Grundstück w myśl art. 655 ZGB)). Prawo zwane Überbaurecht można wpisać do księgi gruntowej jako służebność.

Jeśli zaś 1) bez uzyskania tego prawa rzeczowego przekroczono granicę przy budowie, 2) budujący jest w dobrej wierze, 3) właściciel gruntu zabudowanego lub mający na nim prawo rzeczowe, nie sprzeciwił się w chwili, gdy zabudowanie stało się widoczne, (choćby nawet nie wiedział o tem zabudowaniu bez winy własnej [1] i stracił w ten sposób roszczenie negatoryjne o usunięcie budowy z art. 641, ust. 2 ZGB, wówczas sędzia wedle swobodnej oceny okoliczności danego wypadku, może przyznać budującemu sąsiadowi wspomniane wyżej prawo rzeczowe (Überbaurecht), albo własność zabudowanej części gruntu za odszkodowaniem pełnem płatnem w kapitale [2]. Zbyt daleko idzie naszem zdaniem pogląd Leemanna [3], że w razie braku sprzeciwu, nie może właściciel żądać od zabudowującego sąsiada będącego w złej wierze, by usunął część budynku przekraczającą granicę, gdyż utrata roszczenia negatoryjnego przez przemilczenie, dotyczy tylko budów w dobrej wierze przedsięwziętych.

Mamy więc w prawie szwajcarskiem w osłabionej formie, analogję przepisów §§ 912 i 915 BGB o tyle, że 1) ustawa nie nakłada wprost na właściciela zabudowanego gruntu, obowiązku znoszenia budowy, lecz udziela budującemu uprawnienia wystąpienia w sądzie o prawo rzeczowe, albo własność zabudowanej części gruntu; 2) udzielenie tych praw pozostawia ustawa szwajcarska sędziemu i uzależnia je od swobodnej oceny z jego strony konkretnych okoliczności danego wypadku i 3) samo prawo rzeczowe, dozwalające utrzymywać budowę na cudzym gruncie (Überbaurecht), uważa za samodzielne prawo rzeczowe nie wchodzące

---

[1] Leemann, l. c., str. 182.
[2] Leemann, l. c., str. 184.
[3] l. c., str. 184.

w treść własności, a nawet dozwala je wpisać jako służebność do księgi gruntowej.

Rozdział III. Drogi konieczne.

Zdarza się często szczególnie na wsi, gdy grunty są rozdrobnione, że grunt pewien nie ma połączenia z siecią drogową. Prawo własności pozwala właścicielom otaczających gruntów zabronić, właścicielowi gruntu otoczonego, przejścia i przejazdu przez swe grunty, koniecznego dla gospodarowania na gruncie otoczonym. Kodeks austrjacki sprawy tej zupełnie nie poruszał. Właściciel gruntu odciętego od drogi publicznej, zdany był wyłącznie na uzyskanie służebności przechodu, przejazdu czy przegonu, od właścicieli otaczających gruntów (§§ 477, l. 1 i 492—494 ABGB). Konsekwentnie przeprowadzono tu liberalistyczną ideę wolności i wyłączności własności prywatnej.

Dopiero ustawa z 7. VI. 1896, Dz. pp. nr 140 o przyznawaniu dróg koniecznych, zmieniona następnie ust. z 9. I. 1913, Dz. pp. nr 7, wprowadziła zmianę.

§ 1. »Dla nieruchomości, której brak połączenia drogowego z siecią dróg publicznych, koniecznego dla celów normalnego zagospodarowania lub używania dlatego, że bądź brak zupełnie połączenia drogowego, bądź, że jest niedostateczne, może właściciel domagać się sądowego przyznania drogi koniecznej przez obce nieruchomości wedle tej ustawy, a to w wypadkach, w których dla zaspokojenia potrzeby drogi, nie zachodzą warunki wywłaszczenia lub bezpłatnego dozwolenia wedle § 365 powszechnej ustawy cywilnej, lub wedle innych w tym celu wydanych ustaw.

Dla stosowania tej ustawy, rozumie się przez wyrażenie »połączenia drogowe«, zarówno urządzoną drogę (drogę bitą) jak i uprawnienie drogowe, wykonywane bez istnienia urządzonej (bitej) drogi.

§ 2. Żądanie przyznania drogi koniecznej jest niedopuszczalne, gdy korzyść z drogi koniecznej nie przewyższa szkód, które powstają stąd dla wszystkich nieruchomości obciążonych razem wziąwszy, a nadto gdy brak połączenia drogowego, wypływa z jaskrawej lekkomyślności właściciela gruntu, zaszłej już po wejściu w życie tej ustawy. Nie przyznaje się drogi koniecznej dla uzyskania krótszego, niż istniejące, połączenia drogowego.

§ 3. Droga konieczna polega na służebności ścieżki, przegonu bydła lub przejazdu, lub też na rozszerzeniu istniejących tego rodzaju praw drogowych; w szczególności można przyznać jako drogę konieczną, współużywanie istniejącej drogi prywatnej lub urządzenie drogi (Wegeanlage) przez cudzy grunt.

§ 4. Dla rodzaju, rozmiaru i kierunku drogi koniecznej i sposobu używania jej, miarodajną jest potrzeba odciętej (notleidenden) nieruchomości. Równocześnie jednak należy zwracać uwagę, by z jednej strony obce nieruchomości możliwie najmniej obciążyć i ich właścicieli najmniej możliwie narazić na przykrości (möglichst wenig belästigt), z drugiej zaś strony, by właścicielowi potrzebującemu drogi, możliwie mało wydatków spowodować. W szczególności należy możliwie ograniczyć wypadki przyznania drogi bitej (Wegeanlage).

Drogę konieczną można tylko o tyle przyznać, o ile przez nią nie uniemożliwia się lub znacznie nie uszczupla normalnego zagospodarowania lub używania obciążonych nieruchomości. Wykluczone jest przyznanie drogi koniecznej przez budynki, zamknięte podwórza i ogrody położone przy domach mieszkalnych a ogrodzone dla zapobieżenia dostępu obcych osób, oraz przez grunty, które ze względów publicznych nie dozwalają na używanie ich jako drogi koniecznej.

§ 8. Roszczenie o przyznanie drogi koniecznej nie ulega przedawnieniu«.

Ustawa ta udziela właścicielowi gruntu, odciętego od sieci dróg publicznych i pozbawionego w ten sposób połączenia drogowego, koniecznego dla normalnej gospodarki, uprawnienia-roszczenia, o sądowe przyznanie drogi koniecznej. Przyznanie to następuje w formie orzeczenia sądowego, wydanego w postępowaniu niespornem (§ 9 cyt. ust.), a ustanawiającego na rzecz gruntu odciętego służebność ścieżki, przegonu lub przejazdu, wbrew § 480 ABGB, nie znającemu takiego sposobu powstania służebności. Orzeczenie to jest k o n s t y t u t y w n e. Obowiązek sąsiada nie wypływa tu wprost z ustawy, lecz ustawa udziela właścicielowi odciętego gruntu uprawnienia-roszczenia o sądowe ustanowienie służebności na jego korzyść, i z chwilą prawomocności orzeczenia, powstają osobiste obowiązki sąsiada. Sąd, w myśl § 17 cyt. ust., w 4 tygodnie po prawomocności uchwały, zarządza z urzędu wpis drogi koniecznej do księgi gruntowej dla obciążonej służebnością nieruchomości,

a zarazem wpis prawa zastawu dla kapitału, stanowiącego odszkodowanie wraz z odsetkami, a to w karcie ciężarów wykazu hipotecznego dla odciętej dotąd nieruchomości. Temu prawu zastawu służy pierwszeństwo zaraz po podatkach i daninach publicznych (§ 21). Z chwilą wpisu drogi koniecznej do księgi gruntowej, powstaje odnośna służebność ze skutkiem rzeczowym.

Wypływające z orzeczenia sądowego, ustanawiającego drogę konieczną, prawa i obowiązki przechodzą na następców prawnych osób, wymienionych w orzeczeniu i to nawet w wypadku, gdyby nieruchomość nabyły drogą licytacji sądowej (§ 18). W wypadku przymusowej licytacji gruntu służebnego należy służebności stanowiące drogę konieczną, utrzymać jako ciężar tego gruntu i przekazać nabywcy licytacyjnemu bez policzenia na cenę kupna (§ 20), a więc nie wolno ich traktować jak zwykłych służebności wedle § 150 o. e. austr. To samo postanawia art. XL l. 2, przep. wpr. prawo o sąd. post. egz.

Tak więc mimo, iż ustawa austrjacka o drogach koniecznych konstruuje je jako służebności, zachodzą poważne różnice między niemi a drogą konieczną, 1) co do sposobu powstania i 2) co do licytacji przymusowej.

Kodeks Napoleona zawiera w art. 682—685 służebność ustawową zwaną prawem przechodu (droit de passage).

Art. 682. »Właściciel, którego grunty są dookoła otoczone innemi dziedzinami i który nie ma żadnego wyjścia na drogę publiczną, może domagać się przechodu przez grunta swoich sąsiadów, dla ciągnienia użytku ze swej dziedziny, pod obowiązkiem wynagrodzenia w stosunku do szkody jaką zrządzić może.

Art. 683. Przechód powinien być zwykle urządzony z tej strony, skąd odległość od gruntu zamkniętego do drogi publicznej jest najkrótsza.

Art. 684. Jednakże powinien być wytknięty w takiem miejscu, ażeby najmniej zrządził szkody temu, przez czyj grunt jest dozwolony.

Art. 685. Skarga o wynagrodzenie w przypadku przewidzianym przez art. 682 ulega przedawnieniu; przechód wszakże ma trwać dalej, chociażby skarga o wynagrodzenie nie była już dopuszczalną«.

Powyższe brzmienie pierwotne kodeksu, obowiązujące w b.

Kongresówce podziśdzień, doznało kilku uzupełnień przez ustawę francuską z 20. VIII. 1881.

Rozszerzono stosowalność art. 682 C. c. również na wypadki, gdy istnieje wprawdzie połączenie z drogą publiczną, jednak niedostateczne dla użytkowania (exploitation) rolniczego lub przemysłowego własności. Nadto nowe brzmienie art. 684 wprowadziło postanowienie, że w razie podziału gruntów w drodze umownej (contrat), a więc przez sprzedaż, zamianę i t. p. prawo przechodu służy przez grunty podzielone, przez które dotąd wykonywano przechód. Art. 685 w ust. 1, nowo wprowadzonym poleca określać miejsce i sposób wykonywania służebności przechodu, wedle 30-letniego stałego używania (usage).

Na terenie b. Królestwa nie można zdaniem naszem stosować prawa przechodu do wypadków niedostatecznego połączenia z drogą publiczną, wobec jasnego polecenia art. 682 C. c. w dawnem brzmieniu i braku noweli, należy jednak naszem zdaniem stosować przepis nowego art. 684, gdyż nie stanowi nowej dyspozycji ustawowej, ani też nie wprowadza nowego ograniczenia prawa własności.

Wedle orzecznictwa nie można żądać od sąsiada prawa przechodu, jeśli istnieje wyjście na drogę publiczną połączone z przypadkowemi niedogodnościami, dającemi się łatwo usunąć [1] ani wówczas, gdy przechód musiałby iść pod powierzchnią gruntu [2]. Również właścicielowi, który sam swemi czynami pozbawił się dostępu do drogi, nie przysługuje uprawnienie-roszczenie o prawo przechodu, gdyż »własna wina lub nieoględność nie może być zasadą do uzyskiwania korzyści ku szkodzie trzecich« [3].

W prawie francuskiem, konstrukcja prawna jest pozornie całkiem inna niż w ustawie austrjackiej. Służebność oparta tu jest rzekomo na ustawie a nie na orzeczeniu sądowem. Z treści powyżej przytoczonego przepisu art. 682 C. c. widać, że obowiązek właściciela gruntu otaczającego (znoszenia przechodu przezeń), powstaje dopiero z chwilą podniesienia, przez właściciela gruntu otoczonego, odnośnego uprawnienia-roszczenia a więc nie wprost z ustawy, bo nie z chwilą spełnienia się warunków czysto objektywnych (odcięcie gruntu od drogi publicznej). Dlatego też niema

---

1 Wyr. fr. z 13. VII. 1880.
2 Wyr. fr. 10. XI. 1891.
3 Orz. Izby I z 14. I. 1924 C 577/23, OSP IV, 50.

pod tym względem zbyt wielkiej różnicy między ustawodawstwem francuskiem a austrjackiem.

Niemiecki kodeks cywilny normuje kwestję drogi koniecznej w §§ 917 i 918 BGB:

§ 917. »Jeśli gruntowi brak połączenia z drogą publiczną, koniecznego do prawidłowego używania go, wówczas właściciel może żądać od sąsiadów, by znosili aż do usunięcia tego braku używanie swych gruntów, dla uskutecznienia potrzebnego połączenia. Kierunek drogi koniecznej i zakres prawa używania, oznacza się w razie potrzeby wyrokiem.

Sąsiadów, przez których grunty prowadzi droga konieczna, należy odszkodować rentą pieniężną. Przepisy § 912, ust. 2, zdanie 2 i §§ 913, 914, 916, stosuje się odpowiednio.

§ 918. Niema obowiązku znoszenia drogi koniecznej, gdy dotychczasowe połączenie gruntu z drogą publiczną, usunięto dowolnym czynem właściciela.

Gdy skutkiem pozbycia części gruntu (Grundstück) odcięto pozbytą lub zatrzymaną część od połączenia z drogą publiczną, wówczas właściciel tej części, przez którą dotychczas połączenie następowało, ma znosić drogę konieczną. Pozbycie jednego spośród kilku gruntów, należących do tego samego właściciela, stoi na równi z pozbyciem części (gruntu)«.

Droga konieczna, stanowi w prawie niemieckiem rozszerzenie względnie ścieśnienie treści samego prawa własności poza normalną miarę, a nie służebność gruntową z ustawy, jak sądzi wraz z dawną teorją Rüdenberg (Notwegrecht, str. 47). Rozszerzenie to względnie ścieśnienie powstaje, gdy prócz 1) braku połączenia drogowego i 2) braku własnej winy właściciela odciętego gruntu, nadto 3) właściciel ten zażąda od sąsiada drogi koniecznej, a więc nie wprost z ustawy. Dlatego też uprawniony do drogi koniecznej, dochodzi skargą negatoryjną swych praw wobec mnie jako właściciela gruntu sąsiedniego, który mu w przejściu przeszkadza [1], gdyż przechodząc przez mój grunt, wykonuje on tylko swe własne prawo własności, a nie odrębne prawo obciążające mój grunt. Wejście właściciela potrzebującego drogi koniecznej na mój grunt, nie jest naruszeniem mego posiadania, gdyż to równie jest ograniczone jak me prawo własności [2]. Drogi koniecznej nie wpisuje się też do księgi

[1] Wolff, str. 170.
[2] Wolff, str. 170.

gruntowej a jedynie, gdy strony umownie uchylą (przez ustanowienie służebności na gruncie potrzebującym drogi koniecznej) postanowienia ustawy, prawo takie można wpisać [1].

Wyrok ustala w razie potrzeby tylko kierunek drogi koniecznej i rozmiar prawa używania, przysługującego właścicielowi gruntu otoczonego Wyrok ten jest tylko deklaratoryjny, wbrew zdaniu Cosacka [2]. O wyrokach konstytutywnych mówić można tylko wówczas, gdy ustawa przewiduje wydanie wyroku jako warunek zmiany istniejącego dotąd stanu prawnego (por. Fr. Zoll, Prawo cywilne t. I. Część ogólna 1931, nr 227, str. 274/5).

Nieco inaczej rzecz ta przedstawia się w prawie szwajcarskiem.

Art. 694 p. t. Prawa drogowe. a) Droga konieczna: »Jeśli właściciel gruntu nie ma dostatecznej drogi ze swej nieruchomości (Grundstück) na drogę publiczną, wówczas może żądać, by mu sąsiedzi dozwolili drogi koniecznej, za pełnem odszkodowaniem.

Roszczenie zwraca się w pierwszym rzędzie przeciw sąsiadowi, od którego najbardziej można wymagać (dem... am ehesten zugemutet werden darf) dozwolenia drogi koniecznej, ze względu na dawniejsze stosunki własności i stosunki drogowe, a w dalszym rzędzie przeciw temu, dla którego droga konieczna jest najmniej szkodliwa.

Przy ustalaniu drogi koniecznej, należy mieć wzgląd na interesy obu stron«.

I tu mamy do czynienia nie ze służebnością gruntową, lecz z zakreśleniem granicy dla prawa własności na gruntach otaczających i rozszerzeniem prawa tego na gruncie odciętym. I tu prawa i obowiązki nie powstają wprost z ustawy, która daje tylko właścicielowi gruntu, odciętego od drogi, »rzeczowe« roszczenie, ściślej uprawnienie-roszczenie. Jednak z chwilą, gdy rzeczywiście odcięty od drogi właściciel z tego uprawnienia-roszczenia skorzystał, spełniły się oba warunki ustawowe, obowiązku znoszenia drogi koniecznej przez sąsiada i dlatego wyrok sądowy, określający kierunek drogi i rozmiar prawa używania, jest tylko deklaratoryjny [3]. Ma to wielką doniosłość, bo wedle art. 696 ZGB, tylko prawa drogowe oparte bezpośrednio na ustawie, istnieją prawnie bez wpisu. Dla

---

[1] Wolff, l. c., str. 170, Cosack, Lehrbuch, str. 158.
[2] l. c., str. 158.
[3] Leemann, l. c., str. 257.

ustanowienia zaś drogi koniecznej i zgaśnięcia, wpis względnie wykreślenie jest konieczne [1]. Do drogi koniecznej stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych z art. 730—744 ZGB, lecz bez art. 739 ZGB [2].

Prawo szwajcarskie nie przyjęło wymogu ustanowienia drogi koniecznej, polegającego na tem, że właściciel odciętego gruntu nie ponosi winy w tem, iż połączenie z drogą ustało, a wymóg ten, jak widzieliśmy, stawia prawo austrjackie i niemieckie, a dla prawa francuskiego, orzeczenie polskiego Sądu Najwyższego z 14. I. 1924, C. 577/23 [3].

Szwajcarski ustawodawca nie uznaje widocznie doktryny Zitelmanna o zawinieniu wobec siebie samego (Verschulden gegen sich selbst), na której wymóg ten się opiera.

Z instytucją drogi koniecznej łączą się: 1) inne prawa drogowe sąsiedzkie i uprawnienia wkroczeń przejściowych na grunt sąsiedni dla celów własnego gospodarstwa, oraz 2) odrębnie unormowane w kodeksie szwajcarskim prawo przewodów.

Inne prawa drogowe.

ad 1) Na terenie całej Rzpltej z wyjątkiem województwa śląskiego, obowiązuje art. 8 ust. 1, ustawy wodnej z 19. IX. 1922, Dz. U. Rp. nr 102, poz. 936.

»W jeziorach i stawach, które nie należą do właścicieli nadbrzeżnych, przymuliska i powierzchnie przybrzeżne osuszone wskutek obniżenia zwierciadła wody, pozostają w dotychczasowych granicach własnością właścicieli jezior i stawów. Muszą oni jednak zezwolić właścicielom nadbrzeżnym na dostęp do wody, o ile to jest konieczne do wykonywania zwykłego użytkowania w dotychczasowym zakresie«.

Ten obowiązek znoszenia dostępu powstaje wprost z ustawy i bez odszkodowania.

W b. zaborze austrjackim obowiązują wciąż jeszcze §§ 24 i 26 ustawy lasowej z 3. XII. 1852, Dz. pp. nr 250, nie zniesione rozp. Prez. Rp. z 24. VI. 1927, Dz. U. Rp. nr 57, poz. 504 o zagospodarowaniu lasów, nie stanowiących własności Państwa, zatytułowane:

---

[1] Leemann, l. c., str. 255 i 258.
[2] Leemann, l. c., str. 255.
[3] OSP IV, 50.

O przewożeniu (Bringung) produktów leśnych.

§ 24. »Każdy właściciel gruntu jest obowiązany dozwolić przewożenia przez swój grunt produktów leśnych, których inaczej nie możnaby wogóle z lasu wynieść i dalej transportować lub tylko niestosunkowym kosztem. Przewożenie ma nastąpić w sposób możliwie mało szkodliwy i właścicielowi gruntu winien posiadacz lasu uiścić pełne wynagrodzenie szkody, zrządzonej przezeń.

O konieczności przewożenia drzewa przez obce grunty, rozstrzyga najniższa władza admistracyjna po przesłuchaniu stron i znawców i zarazem oznacza tymczasowo wysokość odszkodowania.

Jeśli strony nie chcą się tem zadowolnić, wówczas stoi im otworem droga rekursu od najniższej władzy politycznej do wyższych instancyj politycznych (§ 77).

Jeśli na drodze administracyjnej nie osiągnięto porozumienia, wówczas stronom przysługuje zwykła droga prawa, dla ustalenia spornej kwoty odszkodowawczej. Nie wolno jednak wstrzymywać przewożenia drzewa, skoro złożono kwotę tymczasowo oznaczoną.

§ 26 ust. 3. Jeśli dla przewożenia drzewa trzeba koniecznie użyć wód prywatnych, należy wówczas postąpić po myśli § 24«.

§ 24 cyt. ust. nakłada na właściciela gruntu obowiązek znoszenia, by produkty lasowe przewożono przez jego grunt wówczas, gdy transport ich inną drogą jest niemożliwy, lub też połączony z niestosunkowymi kosztami. Właściciel lasu względnie przedsiębiorca, musi w tym celu uzyskać pozwolenie władzy administracyjnej i złożyć oznaczoną przez tę władzę kwotę, na odszkodowanie właściciela gruntu. Ostateczną wysokość odszkodowania ustala się, w braku umowy stron — na drodze sporu.

Wedle § 26 ust. lasowej, wśród powyższych warunków, trzeba również znosić spławianie drzewa luźnego na wodach prywatnych. W tym kierunku art. 31 ust. 1, ustawy wodnej z r. 1922 postanawia, że spust drzewa luźnego na prywatnych wodach płynących, jest dozwolony w dotychczasowym zakresie, tam gdzie przy wejściu w życie niniejszej ustawy był powszechnie wykonywany lub specjalnie dopuszczony.

W prawie francuskiem znajdujemy tylko w ustawie z 28. IV. 1845 nie obowiązującej w b. Kongresówce t. zw. służebność wodociągu polegającą na tem, że właściciel gruntów przedzielonych obcemi, może dla celów nawodnienia przeprowadzić wodę przez

grunt obcy, za słusznem i uprzedniem odszkodowaniem (art. 1). Służebność tę ustanawia sąd, jeśli przeważająca korzyść gruntu panującego jest wykazana.

Konstrukcja prawna tego przepisu francuskiego, przypomina zupełnie drogę konieczną, wedle ust. austrjackiej z 1896 r.

W prawie niemieckiem zachowały się w myśl art. 124 ust. wprowadczej do kodeksu cywilnego przepisy krajowe, dotyczące t. zw. Hammerschlagsrecht (Leiterrecht) i Anwenderecht.

Hammerschlagsrecht względnie Leiterrecht obowiązuje w Hessji (ust. wykonawcza do BGB, § 83) i w Turyngji (rozp. wyk. do BGB, § 77) i uprawniają sąsiada do wkroczenia na grunt sąsiedniego właściciela, by celem wykonania budynków in suo tuż przy granicy, lub naprawy i czyszczenia ich, ustawić na gruncie sąsiedniego właściciela rusztowanie i złożyć tam narzędzia Właściciel sąsiedni winien wkroczenia te znosić.

Anwenderecht uprawnia sąsiada do zawrócenia pługa, zaprzężonego w bydło pociągowe przy orce, na sąsiednim gruncie i wkroczenie w tym celu na grunt sąsiedniego właściciela, który obowiązany jest to znosić. Instytucja ta występuje w Bawarji (ust. wyk. do BGB, § 76) i w Turyngji (rozp. wyk. do BGB, §§ 80 i 81). Szczególnie wiele instytucyj omawianego rodzaju mamy w prawie szwajcarskiem:

Art. 695 ZGB p. t.: Inne prawa drogowe.

»Zastrzega się kantonom wydawanie bliższych przepisów co do uprawnienia właściciela gruntu, wstępowania na sąsiednią nieruchomość w celu zagospodarowania lub przedsięwzięcia naprawek i budów, jakoteż co do »Streckrecht« lub »Tretrecht«, co do drogi do wodopoju (Tränkweg), co do drogi zimowej (Winterweg), co do »Brachweg«, »Holzlass«, »Reistweg« i t. p.«.

Są to wszystko instytucje bardzo pokrewne drodze koniecznej. »Streckrecht« lub »Tretrecht« jest to uprawnienie jazdy przy orce połową zaprzęgu, na roli sąsiedniego właściciela, by wzdłuż granicy skibę zaorać.

»Winterweg« to prawo przejazdu przez zmarzły i pokryty śniegiem grunt sąsiedni. »Reistweg« i »Holzlass« to prawo transportu ściętego drzewa przez niższe grunty, podobnie jak wyżej omówione §§ 24 i 26 austr. ustawy lasowej.

»Brachweg« zaś jest uprawnieniem przejazdu przez ugór po zebraniu plonów, a przed zasiewami jesiennemi.

Wszystko to zabytki starogermańskiej gospodarki kolektywnej w obrębie t. zw. Markgenossenschaft.

Prawo przewodów.

ad 2) O przewodach mówią osobno art. 676 i 691—693 ZGB.

Art. 676 zatytułowany »Przewody« (Leitungen).

»Przewody na wodę, gaz, energję elektryczną i t. p., znajdujące się poza nieruchomością (Grundstück), której służą, uważa się, w braku innego uregulowania, za przynależność przedsiębiorstwa (Werk), z którego wychodzą i jako własność właściciela tego przedsiębiorstwa.

O ile nie ma zastosowania prawo sąsiedzkie, rzeczowe obciążenie cudzej nieruchomości takiemi przewodami, następuje przez ustanowienie służebności.

Służebność powstaje z chwilą wpisania do księgi gruntowej, jeśli przewód nie jest na zewnątrz widoczny, a w innych wypadkach, z chwilą urządzenia przewodu«.

Art. 691 p. t. »Przewody przez cudzą nieruchomość (Durchleitungen).

a) Obowiązek znoszenia.

Każdy właściciel gruntu jest obowiązany dozwolić przeprowadzenia (Durchleitung) studni, rur drenowych, gazowych i t. p. i przewodów elektrycznych nadziemnych lub podziemnych za uprzedniem pełnem wynagrodzeniem spowodowanej tem szkody, o ile urządzenie (Leitung) nie da się wogóle przeprowadzić, lub tylko z niestosunkowemi wydatkami, bez użycia (Inanspruchnahme) jego nieruchomości (Grundstück).

Nie można sobie rościć prawa do przeprowadzenia przewodów (Durchleitung), na podstawie prawa sąsiedzkiego w tych wypadkach, w których prawo kantonalne lub związkowe wskazuje drogę wywłaszczenia.

Takie przeprowadzenia przewodów (Durchleitungen) wpisuje się do księgi gruntowej na żądanie i koszt uprawnionego«.

b) Wzgląd (Wahrung) na interes obciążonego.

Art. 692. »Właściciel gruntu obciążonego ma roszczenie, by na jego interes miano słuszny wzgląd (in billiger Weise Rücksicht genommen werde)«.

c) Zmiana stosunków.

Art. 693. »Gdy okoliczności się zmienią, może obciążony żą-

dać przełożenia przewodów (Leitung) odpowiedniego do swego interesu.

Koszty przełożenia ma ponieść z reguły uprawniony.

Gdzie szczególne okoliczności to usprawiedliwiają, można nałożyć odpowiednią część kosztów na obciążonego«.

Powyżej wymieniony art. 676 ZGB, ustanawia domniemanie własności przewodów na rzecz właściciela zakładu, z którego przewody wychodzą i wymaga nabycia służebności, by je przez cudzą nieruchomość móc prowadzić »o ile prawo sąsiedzkie nie ma zastosowania«.

Prawo to zaś w cyt. art. 691 ZGB, udziela właścicielowi lub uprawnionemu z prawa budowy (Baurecht, art. 675 i 779 ZGB) lub z prawa źródła (Quellenrecht, art. 780 ZGB) [1], który wodę, gaz czy energję elektryczną sprowadza lub przesyła, wobec właściciela nieruchomości, niekoniecznie bezpośrednio graniczącej, uprawnienia-roszczenia o znoszenie przewodów, jeśli nie da się ich wogóle przeprowadzić lub niestosunkowo drogo bez użycia jego gruntu, a to za uprzedniem pełnem odszkodowaniem w kapitale. Oczywiście z prawem założenia i utrzymywania przewodów, łączy się prawo wstępu na grunt. Wyrok w razie sporu ma znaczenie deklaratoryjne, bo obowiązek powstaje z ustawy, z chwilą, gdy uprawniony sąsiad skorzystał z uprawnienia-roszczenia udzielonego mu przez ustawę, i wpis do księgi gruntowej jest niepotrzebny dla nabycia prawa, gdyż nie chodzi tu o służebność. Prawo to wobec służebności i praw zastawu na gruncie, przez który biegną przewody, nie stoi w żadnym stopniu kolejności. Gdy jednak strony nie korzystają z przytoczonych przepisów prawa sąsiedzkiego, lecz bez urzędowego ustalenia — w drodze czynności prawnej, udzielają i nabywają prawo utrzymywania przewodów na obcej nieruchomości, wówczas jest ono służebnością i wymaga wpisu, jeśli przewód jest niewidoczny (np. podziemny) (art. 731, 676 i 732 ZGB).

Zawarte w art. 692, ust. 2 ZGB uprawnienie-roszczenie właściciela nieruchomości obciążonej przewodami, by mu odjęto własność odpowiedniej części gruntu, omówimy w dziale o wywłaszczeniu prywatnoprawnem.

Obowiązek znoszenia przewodów nie jest więc służebnością, lecz ustawowem ograniczeniem własności wynikającem z ustawy,

---

[1] Leemann, l. c., str. 246.

za pośrednictwem udzielonego przez nią sąsiadowi uprawnienia-roszczenia »rzeczowego«[1].

Rozdział IV. Znoszenie gałęzi i korzeni.

Prawo niemieckie nakłada w § 910 ust. 2 BGB na właściciela gruntu, na który zachodzą korzenie czy gałęzie drzewa sąsiada, obowiązek znoszenia ich, o ile nie przeszkadzają w normalnem używaniu gruntu.

Podobnie i kodeks szwajcarski wymaga znoszenia korzeni wrastających w mój grunt i gałęzi przewieszających się poza granicę, jeśli nie szkodzą mej własności (arg. a contr. z art. 687 ZGB). Oba te przepisy omówimy dokładnie w dziale VIII, w związku z prawem wywłaszczenia prywatnoprawnego korzeni i gałęzi przerastających granicę[2].

Rozdział V. Actio aquae pluviae arcendae i inne obowiązki znoszenia prawa wodnego.

Polska ustawa wodna z 1922, postanawia w art. 17 p. t.: »Ograniczenie prawa rozporządzania wodą prywatną:

a) Wodą opadową i odpływem ze źródeł.

Art. 17 (1). Właściciel nie może zmieniać kierunku odpływu zbierającej się na jego gruncie wody opadowej, ani odpływu ze źródeł ze szkodą gruntu niżej położonego.

(2). Właścicielowi gruntu niżej położonego nie wolno wstrzymywać naturalnego odpływu, ze szkodą gruntu wyżej położonego.

(3). Zakaz przewidziany w ustępie 1, nie dotyczy zmiany odpływu, spowodowanej zmianą gospodarczego użytkowania gruntu (zmianą kierunku orki, stawianiem budynków i ogrodzeń lub innemi gospodarczemi zarządzeniami)«.

Przepis ten stanowi ograniczenie sąsiedzkie jednostronne, a nie wzajemne, jak inne instytucje prawa sąsiedzkiego, choć zwykle ko-

---

[1] Leemann, l. c., str. 245.

[2] Zanim przystąpimy do omawiania przepisów prawa wodnego, należy wspomnieć o zabytkach dawnych stosunków poddaństwa włościan, które w postaci służebności ciążących na gruntach dworskich, a objętych tabelami likwidacyjnemi, pozostały na rzecz włościan po uwłaszczeniu na terenie b. Kongresówki (ukaz z 19. II. (2. III.) 1864 o urządzeniu włościan, Dz. pr. LXII, 4).

rzystny jest dla obu gruntów wyższego i niższego. Zupełnie jak w prawie rzymskiem [1], właściciel gruntu wyżej położonego ma roszczenie wobec właściciela gruntu niżej położonego, »ne aquam quae natura fluat opere facto inhibeat per suum agrum decurrere«, a właściciel gruntu niższego może żądać od właściciela gruntu wyższego, »ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet«. Wyjątkiem są zmiany odpływu wywołane zmianą gospodarczego użytkowania gruntu. Wedle orzeczenia S. N. w Warszawie z 24. I. 1922, Rw. 1435/21, PPA 197/22, wymaga się bezpośredniej styczności obu gruntów, co znów w myśl francuskiego orz. Cass. z 3. VIII. 1852 nie ma miejsca, jeśli droga publiczna dzieli oba grunty.

Zachodzi potrzeba wyjaśnienia konstrukcji tego przepisu, ujętego w powyższe dwa zakazy (art. 17 ust. 1 i art. 17 ust. 2). Możnaby bowiem przyjąć, że na właścicielu niższym ciąży obowiązek znoszenia na swym gruncie odpływu wody z gruntu wyższego, a na właścicielu tego ostatniego gruntu obowiązek niezmieniania naturalnego odpływu. Mielibyśmy więc tutaj z jednej strony przepis typu pati a z drugiej typu non facere.

Wystarczy jednak przyjąć, że na właścicielu gruntu niżej położonego, ciąży obowiązek znoszenia tylko n a t u r a l n e g o odpływu wody opadowej i źródlanej, by zauważyć, że zakaz pod adresem właściciela wyższego gruntu, by nie zmieniał naturalnego odpływu stąd już wynika, jeśli przyjąć obustronne prawo własności. Dlatego też instytucję tę w tym dziale rozpatrujemy.

Sporną może być kwestja czy art. 17 ust. wodnej odnosi się tylko do gruntów rolnych, czy też do gruntów zabudowanych. Austrjacki Trybunał administracyjny uważał, iż do urządzeń, których celem jest odprowadzanie wody deszczowej i źródlanej z miejsc zabudowanych, odnoszą się przepisy budowlane a nie wodne [2], natomiast polski Sąd Najwyższy (izba I), interpretując art. 640 C. c. stanął na stanowisku, że artykuł ten odnosi się również do gruntów stanowiących podwórze [3]. Naszem zdaniem, należy przyjąć stanowisko austrjackiego Trybunału administracyjnego, również i dla prawa polskiego, gdyż polska ustawa wodna z r. 1922, wzorowana jest przedewszystkiem na ustawie austrjackiej, a nadto posiadamy

---

[1] L. 1, § 13, D. de aqua et aquae pluviae arcendae, 39, 3.

[2] Orz. tryb. adm. z 30. IV. 1885, l. 1179, Budwiński 2533 i z 14. XII. 1892, l. 3840, Budwiński 6944.

[3] Orz. z 2. VI. 1921, C 10/21, OSP I, 527.

odrębne prawo budowlane, wprowadzone rozp. Prez. Rp z 16. II. 1928. Dz. U. Rp. nr 23, poz. 202.

Wedle wywodów zamieszczonych w rozdziale »O zakazach prawa wodnego« właściwemi, w razie naruszenia tego przepisu, są władze administracyjne (władze wodne), które jednak nie występują tu z urzędu, więc przepis ten jest prywatnoprawnym. Nie sprzeciwia się kompetencji władz administracyjnych cytowany wyżej wyrok Sądu Najwyższego w Warszawie, gdyż tam skarżono negatoryjnie przeciw uroszczeniu służebności i sąd orzekł niedopuszczalność drogi sporu sądowego.

Wedle austrjackiej ustawy wodnej, która w § 11 zawierała analogiczny przepis, i galicyjskiej ustawy wodnej krajowej (§ 11), kompetencja władz administracyjnych była niesporna. (Ustyanowski, Ustawa wodna, Kraków 1904).

Jak wiemy, art. 264 ust. wodnej z r. 1922 postanawia, że wszystkie sprzeczne z ustawą tą postanowienia ustaw i rozporządzeń, odnoszące się do tych samych przedmiotów tracą moc obowiązującą.

Cóż staje się jednak z przepisami niesprzecznemi?

Takim zaś jest art. 640 kodeksu Napoleona:

Art. 640 C. c. »Grunty niższe są poddane wyższym co do przyjmowania naturalnego spadku wód, do którego nie przyczyniła się ręka ludzka. Właściciel gruntu niższego nie może stawiać grobli wstrzymującej spadek. Właściciel gruntu wyższego nie może niczego uczynić, coby służebność gruntu niższego czyniło bardziej uciążliwą«. — Jasno sformułowany ten przepis należał do kompetencji sądów. Dziś choć zachował jako niesprzeczny swą moc obowiązującą, naszem zdaniem, sądy na terenie b. Królestwa, nie są więcej właściwemi do orzecznictwa w razie naruszenia tej normy.

Rozumie się samo przez się, że art. 640 C. c. nie można stosować do odpływów wody zużytej w gospodarstwie rolnem czy przemyśle, chociaż przepis ten ustanawia służebność zarówno dla gruntów ornych jak i dla gruntów mieszkalnych, jeśli są wyżej położone [1].

Art. 640 C. c. nie daje właścicielowi niżej położonego gruntu żadnego prawa otrzymywania odpływającej wody z gruntu wyższego, dlatego też właściciel gruntu wyższego może wodę tę zużyć

---

[1] Orz. z 2. VI. 1921, C 10/21, OSP I, 527.

na swe własne potrzeby i odpływ przerwać każdej chwili. Przepis art. 640 C. c. nie uchodził za ius cogens i można było treść jego uchylić dla danych gruntów przez odmienną umowę lub przez usucapio libertatis, ze strony gruntu niższego. Obecnie, gdy przepis ten wszedł w skład ustawy wodnej, odmienne uregulowanie wymaga, zdaniem naszem, zgody władzy wodnej.

Obowiązek przyjmowania naturalnego odpływu wód z gruntu wyższego, klasyfikuje kodeks napoleoński jako służebność, wynikającą z naturalnego położenia gruntów i autorzy francuscy uznają ją nawet za jedyną służebność naturalną [1]. Pomijając już zasadniczy zarzut, iż niema wogóle obowiązków i praw przez przyrodę nałożonych czy też udzielonych, a odmienne poglądy teoretyków prawa natury polegają na pomieszaniu dwóch zasadniczo różnych stanowisk, teoretycznego i normatywnego, — złudność cała tej konstrukcji okazuje się w pełni, gdy zważymy, że dawne powszechne pruskie prawo krajowe (§ 102, I. 8) znało odwrotną zasadę, mianowicie właściciel niższego gruntu miał prawo chronić się (sich decken) przed dziko spływającą wodą z gruntu wyżej położonego. Tę samą zasadę przyjęła pruska ustawa wodna w § 198, a wyjątki przewiduje § 330 na wypadek, gdyby właściciel wyżej położonego gruntu nie mógł wody odprowadzić inaczej (bądź zupełnie, bądź tylko z niestosunkowo wielkiemi kosztami) jak przez grunt niższy.

W prawie szwajcarskiem, omawianą kwestję reguluje art. 689.

Art. 689 ZGB p. t. Odpływ wody (Wasserablauf).

»Każdy właściciel gruntu jest zobowiązany przyjąć wodę spływającą w sposób naturalny z gruntu wyżej leżącego, mianowicie wodę deszczową, z tającego śniegu i źródeł nieujętych.

Nikomu nie wolno zmieniać naturalnego odpływu (Ablauf) ze szkodą sąsiadów.

Wodę odpływową (Abwasser) potrzebną (nötig) dla niższego gruntu, wolno temuż gruntowi tylko o tyle odebrać, o ile jest konieczna (unentbehrlich) dla gruntu wyższego«.

Art. 690 p. t. Odwodnienia. »Przy odwodnieniach winien właściciel gruntu niżej położonego przyjąć bez odszkodowania wodę, która płynęła do niego już przedtem w sposób naturalny.

Jeśli doznaje szkody przez skierowanie wody, może żądać, by

---

[1] Planiol, t. I, nr 2901.

wyższy właściciel (der obere Eigentümer) przeprowadził własnym kosztem przewód (Leitung) przez niższą nieruchomość (Grundstück)«.

Art. 689 odbiega od omówionych przez nas powyżej ustawodawstw o tyle, że w ust. 3 przyznaje niższemu właścicielowi prawo otrzymywania wody odpływowej z wyższego gruntu, która temu ostatniemu nie jest konieczna. Nadto bardzo ściśle określa w ust. 1 jakie wody należy przyjąć i ogólnie formułuje ust. 2 (»Nikomu nie wolno...«), rozszerzając zakaz ten na wszystkie osoby podległe ustawodawstwu prócz właściciela gruntu niższego, gdy chodzi o zwiększenie odpływu, a prócz właściciela gruntu wyższego, gdy chodzi o wstrzymanie odpływu tamą, skutkiem czego grunt wyższy staje się podmokłym i bagnistym.

Dwa wyjątki od zasady wyrażonej w art. 689 ZGB, wprowadza art. 690 ZGB. Niższy właściciel ma obowiązek przyjąć również wodę sztucznie doprowadzoną przez urządzenia odwadniające, jeżeli już przedtem spływało naturalnie, a to bez odszkodowania, bo brak szkody (ust. 1). W wypadku gdyby przez to ponosił szkodę, udziela mu ustawa roszczenia przeciw wyższemu właścicielowi, by ten własnym kosztem przeprowadził przewody przez niższy grunt (ust. 2). I w tym wypadku niższy właściciel ma obowiązek znoszenia przepływu wody i znoszenia urządzenia przewodów w tym celu. Jeśli przed odwodnieniem woda nie spływała naturalnie na grunt niższy, to stosuje się art. 691 o obowiązku znoszenia przewodów za pełnem odszkodowaniem. Sankcją obowiązków nałożonych przez art. 689 i 690 jest, w razie szkody, skarga z art. 679 ZGB o usunięcie naruszenia lub ochronę przed grożącą szkodą i o wynagrodzenie szkody. Wedle Leemanna [1], stosowanie obu powyższych artykułów nie wymaga bezpośredniego sąsiedztwa odnośnych gruntów.

Art. 709 zatytułowany »Używanie źródeł«, brzmi:

»Zastrzega się kantonom postanowienia co do kwestji w jakim zakresie wolno używać źródeł, studni i potoków, stanowiących własność prywatną, również sąsiadom i innym osobom dla czerpania wody, pojenia bydła i t. p.«.

Tak więc prawo kantonalne może wprowadzić obowiązek właścicieli źródeł, studni i potoków, znoszenia dostępu sąsiadów dla zaspakajania wodą codziennych potrzeb gospodarczych. Sta-

---

[1] l. c., str. 244.

nowi to resztkę dawnego wspólnego używania źródeł i studzien przez gromadę (genossenschaftlicher Gebrauch) [1].

Oryginalną instytucją prawa szwajcarskiego jest t. zw. studnia konieczna (Notbrunnen), unormowana pod tym nagłówkiem w art. 710.

Art. 710 ZGB. »Jeśli nieruchomości (Grundstück) brakuje wody koniecznej (notwendig) dla gospodarstwa (für Haus und Hof) i nie można jej doprowadzić (herleiten) skądinąd bez całkiem niestosunkowego trudu i kosztów, wówczas właściciel może żądać od sąsiada, który może mu jej odstąpić bez popadnięcia w brak (ohne eigene Not), ustąpienia udziału w studniach lub źródłach za pełnem odszkodowaniem.

Przy ustanowieniu studni koniecznej, należy przedewszystkiem (vorzugsweise) mieć wzgląd na interes zobowiązanego do odstąpienia.

Gdy stosunki się zmienią, można żądać zmiany ustanowionego porządku (der getroffenen Ordnung)«.

Studnia konieczna polega nie na ustanowieniu współwłasności studni lub ustanowieniu służebności przywłaszczania i odprowadzania wody źródlanej (Quellenrecht art. 780 ZGB) na gruncie posiadającym nadmiar wody, lecz na ustanowieniu, w drodze orzeczenia sądowego, prawa stałego odprowadzania lub czerpania wody, nieposiadającego charakteru służebności [2]. Jest to ograniczenie prawa własności oparte pośrednio na ustawie, gdyż z art. 710 ZGB, wynika »rzeczowe« roszczenie (uprawnienie-roszczenie) właściciela potrzebującego wody (jakoteż uprawnionego ze służebności źródła i budowy (Quellenberechtigter i Bauberechtigter)), przeciw właścicielowi nieruchomości (niekoniecznie bezpośrednio graniczącej) posiadającej nadmiar wody. Prawo studni koniecznej nie posiada żadnego stopnia hipotecznego wobec praw rzeczowych na nieruchomości obfitującej w wodę i nie powstaje przez wpis (arg. a contr. art. 696, ust. 1 ZGB) lecz przez prawomocne orzeczenie, które ma charakter deklaratoryjny.

Rozdział VI. Wstęp na grunt obcy i stan wyższej konieczności.

Pokrótce omówić należy przepisy dotyczące obowiązku właściciela znoszenia wstępu innych osób na grunt, chociaż nie należą

[1] Leemann, l. c., str. 304.
[2] Leemann, l. c., str. 306/8.

do prawa sąsiedzkiego, gdyż uprawnienia z nich wynikające służą nietylko sąsiadom, lecz i wszystkim osobom podlegającym danemu porządkowi prawnemu, prócz samego właściciela. W praktyce bowiem głównie sąsiedzi z nich korzystają.

W prawie austrjackiem powołany już wyżej (str. 141/2) § 384 ABGB, nakłada na właściciela nieruchomości obowiązek znoszenia wejścia właściciela zbiegłego zwierzęcia swojskiego lub oswojonego na swój grunt, celem pościgu za nim i zabrania go. Praktyka sądów austrjackich, idąc za zdaniem Randy [1] a wbrew tezie Tilla [2], rozciągnęła obowiązek ten na wypadki, gdy jakakolwiek rzecz ruchoma dostała się na obcy grunt. Gdy jednak właściciel gruntu ruchomość tę wziął w posiadanie, należy już dochodzić swej własności drogą skargi windykacyjnej.

Właścicielowi gruntu służy prawo żądania wynagrodzenia szkody zrządzonej wejściem na grunt i odebraniem rzeczy, a ewentualnie w myśl § 1320 ABGB, również szkody zrządzonej przez zwierzę.

Nadto spotykamy w prawie austrjackiem prywatnoprawny przepis § 42 ustawy z 18. II. 1878, nr 30, Dz. U. p., obowiązujący właściciela do znoszenia wstępu na swój grunt dla dokonania przygotowawczych robót kolejowych, a to za wynagrodzeniem szkody.

W prawie francuskiem nie spotykamy obowiązku znoszenia pościgu za zbiegłemi zwierzętami po swym gruncie, a przeciwnie art. 564 C. c. postanawia, że gołębie, króliki i ryby, które przechodzą do innego gołębnika, królikarni lub stawu, stają się własnością właściciela tych przedmiotów, byleby ich nie przywabiono oszustwem i sztucznemi sposobami.

Niemiecki kodeks cywilny w § 867 BGB, każe posiadaczowi gruntu, dozwolić posiadaczowi rzeczy, która na grunt ten się dostała, wejścia i zabrania jej za odszkodowaniem. Także właściciel rzeczy ma to samo roszczenie (§ 1005 BGB). Szczegółowy przepis o prawie wstępu na obce grunty, służącem właścicielowi roju pszczół zbiegłych zawiera § 962 BGB.

W wypadku stanu wyższej konieczności (t. zw. agressiver Notstand) musi właściciel znieść oddziaływanie szkodliwe na swą rzecz, za odszkodowaniem wedle § 904 BGB. Nie można tu wdawać się bliżej w rozpatrywanie tego ciekawego postanowienia.

[1] Eigentumsrecht, str. 100.
[2] Prawo pryw., t. II, str. 67/8.

Szwajcarski kodeks cywilny dozwala w art. 699 ZGB, »każdemu« wstępu do lasu i na pastwiska wedle zwyczaju miejscowego, a w art. 700, nakłada na właściciela nieruchomości, na którą przez siłę przyrody (Naturgewalt) lub przypadek, dostały się cudze rzeczy ruchome lub zwierzęta, obowiązek dozwolenia »uprawnionemu«, by je odszukał i zabrał, a to za wynagrodzeniem szkody. Właściciel nieruchomości ma wobec rzeczy takich stanowisko znalazcy (art. 725 ZGB).

W art. 701 ZGB, ustanowiono obowiązek znoszenia wkroczeń na grunt w wypadku stanu wyższej konieczności (Notstand), za stosownem odszkodowaniem.

Dział VI. Przepisy prawa sąsiedzkiego typu facere.

Rozdział I. Obowiązek oznaczenia granic.

Z własnością gruntu łączy się obowiązek rozgraniczenia gruntów sąsiadujących bezpośrednio, ciążący na obu właścicielach-sąsiadach.

W prawie austrjackiem traktują o tem §§ 850—853, w brzmieniu nadanem im przez §§ 1—3, noweli I do kodeksu cyw. austr. (rozp. ces. z 22. VII. 1915, Dz. p. p. nr 208), oraz § 845 ABGB.

§ 845. »Przy podziale gruntów, należy oznaczyć wzajemne granice w sposób widoczny i niezmienny, a to według położenia, słupami, kamieniami lub palami. Rzeki, góry i gościńce są naturalnemi granicami. Dla zapobieżenia oszustwu i pomyłce, należy na kamieniach, słupach lub palach, które służą do odgraniczenia, wyryć albo też pod nimi zakopać krzyże, herby, liczby lub inne znaki.

§ 850. Gdy znaki graniczne między dwoma gruntami, z jakichkolwiek przyczyn tak są uszkodzone, iż mogłyby zupełnie się zatrzeć, albo gdy granic rzeczywiście już rozpoznać nie można lub gdy są sporne, wówczas każdy z sąsiadów ma prawo domagać się sądowego odnowienia lub sprostosowania granicy. W tym celu należy wezwać sąsiadów do rozprawy w postępowaniu niespornem z tem oznajmieniem, że mimo niestawiennictwa wezwanego, granica będzie ustalona i oznaczona.

§ 851. Jeżeli granice stały się rzeczywiście nie do rozpoznania lub są sporne, natenczas ustalone będą podług ostatniego

spokojnego stanu posiadania. Jeżeli tego stanu ustalić nie można, podzieli sąd przestrzeń sporną wedle słusznego uznania.

O ile każdej stronie pozostaje zastrzeżone dochodzenie swego silniejszego prawa w drodze procesu, będzie postanowione odrębnie.

§ 852. Najważniejszymi dowodami przy sprostowaniu granic są: wymiar i opisanie albo też odrysowanie spornego gruntu, dalej odnoszące się do tego księgi publiczne i inne dokumenty, wreszcie zeznania świadków świadomych rzeczy, tudzież orzeczenie wydane przez znawców po dokonaniu oględzin.

§ 853. Koszty postępowania ponoszą sąsiedzi w miarę swych linij granicznych. Wnioskodawca ponosi koszty postępowania, jeśli z rozprawy się okaże, że odnowienie lub sprostowanie granicy nie było potrzebne, gdyż granica nie była sporna lub była dostatecznie wyraźna, albo ponieważ inni interesowani, byli gotowi przeprowadzić rozgraniczenie pozasądownie. Koszty zastępstwa ma ponosić sam zastąpiony.

Jeżeli postępowanie spowodowane zostało naruszeniem spokojnego posiadania, wówczas może sąd nałożyć koszty w całości lub części na tę stronę, która spowodowała spór«.

Z treści powyższych paragrafów wynika obowiązek właścicieli gruntów sąsiadujących bezpośrednio, utrzymywania wyraźnych znaków granicznych. Ustawa udziela każdemu z właścicieli »rzeczowego« roszczenia wobec swego sąsiada (przyczem obie strony muszą być właścicielami gruntów, gdyż wynik postępowania niespornego może spowodować zmianę w stosunkach własności § 851 ABGB [1]), by oznaczył granicę. Z § 853 o obowiązku ponoszenia kosztów sądowych przez wnioskodawcę, gdy się okaże, że przeciwnik był gotowy do pozasądowego oznaczenia granicy, wynika, że roszczenie to służy sąsiadowi wprost wobec ościennego właściciela a dopiero wtórnie, jako sankcja niedotrzymania obowiązku przez tegoż, służy uprawnienie zwrócenia się do sądu z wnioskiem o odnowienie lub sprostowanie granic w postępowaniu niespornem.

Ustawa odróżnia 2 wypadki: 1) między sąsiadującemi nieruchomościami granica jest niesporna i oznaczona, lecz znaki graniczne są zniszczone tak dalece, że grozi niebezpieczeństwo, iż nie

---

[1] Orz. z 8. I. 1907, Zb. X. 3653 i Klang, l. c., str. 106, odmiennego zdania jest dr S. Kästenblatt, Czy posiadacz może być poczytany za sąsiada w rozumieniu §-fu 850 u. c., Głos prawa VII, nr 9.

będzie można ich wcale rozpoznać i 2) granice są bądź nieoznaczone na gruncie i nie wiadomo wogóle którędy przebiegają, bądź są sporne t. j. każdy z sąsiadów utrzymuje, że granica przebiega w innem miejscu.

W pierwszym wypadku następuje t. zw. odnowienie granic na rozprawie w postępowaniu niespornem w obecności sąsiadów, przez ustawienie nowych znaków granicznych.

W wypadku drugim trzeba ustalić linję graniczną również w niespornem postępowaniu [1]. Ustawa każe ustalenie to oprzeć na ostatnim spokojnym stanie posiadania, przyczem, jak przy ochronie posesoryjnej, wadliwe posiadanie nie wchodzi wobec naruszonego sąsiada w rachubę, a dopiero gdyby i to było niemożliwe, winien sąd rozdzielić sporną przestrzeń wedle swego słusznego uznania. § 852 wylicza czem należy się kierować przy tem rozstrzygnięciu. Jeśli dowody takie zawiodą a niema również innych względów utylitarnych, przemawiających za pewnem określonem wytyczeniem granicy, należy sporną powierzchnię podzielić między sąsiadów na równe części (anal. § 407, zd. 1 ABGB).

Załatwienie takie jest ostateczne, gdy sąd ustali, że wartość spornej przestrzeni nie przenosi 100 zł. W tym wypadku nie przysługuje żadnemu ze sąsiadów droga sporu petytoryjnego o własność spornego kawałka gruntu. Tylko wtedy, gdy sąd w uchwale orzeknie, że wartość spornej powierzchni przenosi 100 zł., uchwała ta ma znaczenie prowizoryczne i można dochodzić swego lepszego prawa t. j. własności lub posiadania, chronionego skargą publicjańską z §§ 372—374 ABGB, w drodze sporu (§ 4, noweli II do ABGB). W skardze takiej, należy dokładnie określić granicę żądaną i petitum opiewa na ustalenie, że sporna przestrzeń należy do powoda i na ustalenie i oznaczenie granicy na gruncie, oraz oddanie spornego kawałka gruntu w posiadanie powoda [2]. W sporze tym sąd nie ma już prawa podziału spornej powierzchni, podział taki nastąpić może tylko w niespornem postępowaniu.

W myśl orz. z 12. XI. 1924, R 600/24, OSP IV, 114 i z 7. II.

[1] Orz. z 29. XI. 1921, Rw 872/21, PPA 125/23 i orz. S. Najw. z 7. II. 1922, III. R 67/22, PPA, str. 89 z r. 1922, oraz orz. S. Najw. z 20. V. 1925, III. Rw 294/25, PPA, str. 255 z r. 1925. — Przed nowelą dopuszczalne było postępowanie posesoryjne i skarga o rozgraniczenie, por. sprawozdanie komisji Izby Panów (78 d. Beilagen zu den sten. Protokollen des Herrenhauses, XXI Session, 1912, str. 51/2).

[2] Klang, l. c., str. 116/7.

1922, R 67/22, PPA 88/22, skargę petytoryjną o oddanie posiadania gruntu, musi poprzedzić postępowanie niesporne, jeżeli granice nieruchomości są sporne i zatarte, a nawet wyrok wydany w postępowaniu spornem jest nieważny, jeżeli sprawa nadawała się do postępowania granicznego t. j. niespornego [1]. Jakież sprawy nadają się wyłącznie do postępowania granicznego? Te, w których roszczenie o ustalenie prawa własności i oddanie w posiadanie opiera się na tem, że linja graniczna, dziś zatarta, biegła w tem a tem miejscu, t. j. spory zawdzięczające swe powstanie niepewności co do miejsca, w którem przebiega linja graniczna [2].

We wszystkich wypadkach, gdy powód opiera swe prawo własności na innych okolicznościach, nie mamy sporu granicznego i można wprost skarżyć petytoryjnie [3].

W §§ 850—853 ABGB, mamy zawarte ograniczenie »wolności« udzielonej właścicielowi przez ustawę (pozytywnej strony prawa własności), a to przez nałożenie na właściciela obowiązku dokonywania pozytywnych czynności, t. j. utrzymywania znaków granicznych. W miejsce wolności czynienia albo nieczynienia, wstępuje obowiązek dokonywania czynności danego rodzaju. Negatywna strona prawa własności żadnej, skutkiem tego, zmiany nie doznaje.

Inaczej rzecz ta wygląda w kodeksie Napoleona art. 646 C. c. »Każdy właściciel może zobowiązać swego sąsiada do rozgraniczenia stykających się własności. Rozgraniczenie dokonuje się na wspólny koszt«.

Zachowano tu rzymską actio finium regundorum, gdyż wnosi się zwykłą skargę i rozgraniczenia dokonuje się w postępowaniu spornem. Skargę tę wnieść można mimo, że kierunek, w którym granica przebiega jest niesporny a nadto i wówczas, gdy granica jest sporna [4]. Samo istnienie płotów lub innych ogrodzeń nie przeszkadza skardze tej, jeśli ich nie ustawiono, w postępowaniu spornem między stronami, by oznaczały granicę [5]. Skarga ta nie ulega

---

[1] Orz. z 20. V. 1925, Rw 294/25, PPA 232/25.

[2] Klang, l. c., str. 120/1.

[3] Por. dr Stanisław Jacobsohn, Kwestja trybu niespornego o sporną granicę. Przegl. Sąd. III, nr 10, str. 3/4.

[4] Wyr. b. senatu ros., nr 11 z 1894, OSP z 14. IV. 1921, C 931/20, OSP I, nr 421, orz. z 8. IX. 1920, C 265/20, OSP I, nr 52 i z 12. VI. 1924, nr 467.

[5] Wyr. fr. z 30. XII. 1818 i 24. IV. 1879 i orz. pol. z 8. IX. 1920, C 265/20, OSP I, 52.

przedawnieniu jako ius merae facultatis, a prowadzić może do zasądzenia p o w o d a na zwrot pasa nadgranicznego pozwanemu, gdyż postępowanie skargą tą wszczęte stanowi iudicium duplex. Nadto, jeśli się okaże w toku takiego sporu o rozgraniczenie (bornage), że rozgraniczenie nie da się przeprowadzić wyłącznie tylko między stronami biorącemi udział w sporze bez włączenia okolicznych gruntów, może sędzia z urzędu rozciągnąć postępowanie (mettre en cause) na wszystkich właścicieli okolicznych gruntów [1]. Grunty odnośne muszą oczywiście graniczyć bezpośrednio.

Wedle Konica [2] umowa stron, że nieruchomości ich nie będą nigdy rozgraniczone, nie jest ważną, podobnie jak i układ o stałe pozostawanie we współwłasności wedle art. 815 C. c. Podobnie jak w tym ostatnim wypadku, umowa o nierozgraniczenie gruntów, nie może obowiązywać dłużej niż pięć lat.

N i e m i e c k i kodeks cywilny zawiera w § 919 i 920, postanowienia z omawianego zakresu:

§ 919 BGB. »Właściciel nieruchomości (Grundstück), może żądać od właściciela sąsiedniej nieruchomości, by współdziałał (przyczynił się, mitwirkt) w urządzeniu stałych znaków granicznych, a gdy znak graniczny przesunięto lub nie można go rozpoznać (unkenntlich) w odnowieniu go.

Sposób oznaczenia granic (Abmarkung) i postępowanie, oznaczają ustawy krajowe; jeśli one nie zawierają żadnych przepisów, rozstrzyga zwyczaj miejscowy (Ortsüblichkeit).

Koszty oznaczenia granic ponoszą w równych częściach przylegający sąsiedzi (die Beteiligten), o ile co innego nie wypływa z istniejącego między nimi stosunku prawnego«.

§ 920. »Jeśli w razie zatarcia granic (Grenzverwirrung) nie można ustalić właściwej granicy, wówczas dla rozgraniczenia, miarodajnym jest istniejący stan posiadania. Gdy nie można stwierdzić stanu posiadania, należy każdej nieruchomości przydzielić równą co do wielkości część spornej powierzchni.

Jeżeli oznaczenie granicy wedle tych postanowień prowadzi do wyniku niezgodnego z udowodnionemi okolicznościami, a w szczególności z ustaloną wielkością (odnośnych) nieruchomości, należy

---

[1] Orz. Cass. 9. XI. 1857 i 20. VI. 1855.
[2] l. c., str. 449.

granicę poprowadzić wedle słuszności, przy uwzględnieniu tych okoliczności«.

§ 919 BGB odnosi się do wypadku, gdy granica jest niesporna, a brak tylko oznaczenia na gruncie. Właściciele mają wzajemnie wobec siebie roszczenie o oznaczenie granic i obowiązek oznaczenia ich. Obowiązek ten należy do »treści prawa własności [1]. Prawo niemieckie zachowało zwykłą drogę procesu cywilnego dla dochodzenia roszczeń granicznych. Wydaje się wyrok, poczem następuje oznaczenie granic na gruncie przez urzędników katastralnych.

Spornem jest czy można się zrzec ze skutkiem rzeczowym roszczenia o oznaczenie granic. O. Gierke [2] przyjmuje, iż zrzeczenie takie jest dopuszczalne, natomiast Wolff [3] uważa, że umowa taka zawiera treść sprzeczną z dobremi obyczajami (inhaltlich anstössig) i dlatego nie może stanowić służebności (§ 1018 BGB).

Ust. 2 § 919 BGB, powołuje się na prawa krajowe. Niektóre z nich przeniosły obowiązek oznaczenia granic w dziedzinę prawa publicznego. W Bawarji o obowiązku tym orzekają z urzędu władze administracyjne w myśl ustawy z 30. VI. 1900, w Badenji również władze te wymuszają oznaczenie granic [4].

Natomiast, gdy granice są niepewne, służy każdemu z sąsiadów wedle § 920 BGB, uprawnienie zwrócenia się do sądu z żądaniem ustalenia granicy, a to wówczas tylko, gdy nie można drogą skargi windykacyjnej wykazać swej własności. Wolff [5] uważa, iż roszczenie to nie zwraca się wprost przeciw sąsiadowi i jest publicznoprawnem roszczeniem o ustanowienie granic przez sędziego. Wedle naszej definicji, przepis § 920 BGB jest prywatnoprawny, gdyż sankcja (wyrok i egzekucja) następuje na skutek skargi osoby prywatnej, a nie organu związku przymusowego. Roszczenie to stanowi t. zw. Gestaltungsrecht, t. j. uprawnienie wywołania, jednostronnem działaniem, zmiany istniejących stosunków prawnych. Nie gaśnie ono przez przedawnienie (§ 924 BGB).

Wyrok w procesie o rozgraniczenie z § 920 BGB, jest kon-

---

1 Wolff, l. c., str. 172.
2 D. Priv. Recht, II (1905), § 144, uw. 1.
3 l. c., str. 172.
4 Wolff, l. c., str. 172.
5 l. c., str. 172.

stytutywny [1] i jest skuteczny wobec trzecich osób [2], a powoduje bez wpisu nabycie własności skrawka granicznego [3].

W porównaniu z austrjacką nowelą II do ABGB należy podnieść, iż niem. § 920 BGB poleca sądowi badać przedewszystkiem jak przebiega właściwa granica (die richtige Grenze), a dopiero, gdyby to się nie dało ustalić, miarodajnym jest stan posiadania, który wedle § 851 ABGB rozstrzyga w pierwszej linji.

Prawo szwajcarskie postanawia pod napisem: »Odgraniczenia (Abgrenzungen), 1) Rodzaj odgraniczenia« w art. 668 ZGB.

Art. 668. »Granice wskazują plany księgi gruntowej i odgraniczenia na gruncie samym.

Gdy istniejące plany księgi gruntowej są sprzeczne z odgraniczeniami, wówczas domniemywa się, że trafne są plany księgi gruntowej.

2) Obowiązek odgraniczenia.

Art. 669. Każdy właściciel gruntu jest zobowiązany na żądanie sąsiada współdziałać w ustaleniu niepewnej granicy, czy to przy sprostowaniu planów księgi gruntowej, czy też przy umieszczaniu znaków granicznych.

Ograniczenia publicznoprawne, 1) W ogólności.

Art. 702. Zastrzega się związkowi, kantonom i gminom ustanawianie ograniczeń własności na nieruchomościach dla dobra ogółu, a mianowicie dotyczących policji budowlanej, ogniowej i sanitarnej, spraw leśnych i drogowych, drogi holowniczej (Reckweg), urządzenia znaków granicznych i znaków mierniczych (Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen), meljoracji rolnych, parcelacji dóbr, scalania rolnych gruntów (ländlichen Fluren) i gruntów budowlanych, zachowania starożytności i zabytków przyrody, zabezpieczenia krajobrazów i miejsc widokowych (Aussichtspunkte) przed zniekształceniem i ochrony źródeł leczniczych«.

Przeciw domniemaniu art. 668 ZGB, dopuszczalny, jest dowód przeciwny między graniczącymi właścicielami z czasu sporządzania względnie zmiany planu, a nie wobec trzeciego nabywcy

---

[1] Cosack, l. c. II, str. 162, Wolff, l. c., str. 173, przeciwnie Planck-Strecker-Brodmann, 1920, Kommentar zum BGB II do § 920 i O. Gierke, D. Priv. Recht, § 126, uw. 12.

[2] Cosack, l. c. str. 162.

[3] Wolff, l. c., str. 173.

w dobrej wierze [1]. Gdy obie strony się zmieniły, właściciel uszczuplonego gruntu ma tylko regres do swego poprzednika.

Art. 669 ZGB odnosi się do wypadku, gdy żaden ze sąsiadów-właścicieli nie może udowodnić granicy swej własności, i udziela każdemu z nich »rzeczowego« uprawnienia-roszczenia, wobec właściciela bezpośrednio przylegającej nieruchomości, by tenże współdziałał przy sprostowaniu planów, t. j. dał na piśmie swą zgodę na to sprostowanie i był obecny przy ustawianiu znaków granicznych. Jeśli sąsiad dobrowolnie tego nie wykona, można sądownie skargą dochodzić rozgraniczenia (Grenzscheidungsklage), a wyrok w sporze takim wydany, ma znaczenie konstytutywne [2]. Koszty w braku winy dzieli się po połowie. Sam obowiązek urządzenia znaków granicznych jest w art. 702 zastrzeżony prawu publicznemu związku, kantonów i gmin, co nie przeszkadza temu, by roszczenie o współdziałanie przy ustawieniu znaków tych i odnośny obowiązek sąsiedniego właściciela z art. 669 ZGB były prywatnoprawnemi.

Rozdział II. Obowiązek ogrodzenia nieruchomości.

W ostatnim rozdziale była mowa o obowiązku umieszczenia i utrzymywania znaków granicznych. Obecnie przejdziemy do norm nakazujących budowanie lub utrzymywanie ogrodzeń wszelkiego rodzaju, więc płotów, murów granicznych, żywopłotów i t. p.

Kodeks austrjacki zawiera przepis z tego zakresu w § 858 ABGB.

§ 858. »Wyłączny posiadacz nie ma w zasadzie obowiązku stawiania na nowo swego muru lub parkanu, który się zawalił, wtedy tylko musi utrzymywać go w dobrym stanie, gdyby wskutek otworu mogła wyniknąć szkoda dla graniczącego sąsiada. Każdy jednak właściciel obowiązany jest starać się, by przestrzeń do niego należąca, była po prawej stronie głównego wchodu, opatrzona potrzebnem zamknięciem i oddzielona od cudzej przestrzeni«.

Mamy tu dwa przepisy. Pierwszy dotyczy obowiązku sąsiedniego właściciela gruntu, jeśli sąsiadowi bezpośrednio graniczącemu grozi konkretna, dokładnie oznaczona szkoda [3].

---

[1] Leemann, l. c., str. 160/1.
[2] Leemann, l. c., str. 163, nr 15.
[3] Orz. z 10. XI. 1909, Zb. XII, 4790.

Obowiązek ten jest niezależny od ewentualnie istniejącej służebności lub stosunku umownego [1] i od winy po stronie zobowiązanego właściciela ogrodzenia a odnosi się tylko do istniejących już ogrodzeń [2].

Sama obawa szkody lub sama okoliczność, że przez dziury w płocie przechodzą zwierzęta domowe na grunt sąsiada, nie wystarcza, by móc żądać od właściciela utrzymania ogrodzenia w dobrym stanie [3]. W tych wypadkach (a więc wówczas, gdy brak szkody grożącej sąsiadowi) nie można zasiedzieć przez samo tylko długoletnie istnienie parkanu, prawa do jego istnienia, w następstwie czego, właściciel parkanu może go usunąć [4]. Brak bowiem w tym wypadku po stronie sąsiada posiadania prawa typu facere, a więc i takiego obowiązku po stronie właściciela parkanu (§§ 313 i 1459 ABGB).

Zaniedbanie przez właściciela powyższego obowiązku utrzymania muru, płotu czy innego ogrodzenia, pociąga za sobą prócz obowiązku naprawy ogrodzenia, nadto i odpowiedzialność za szkodę w razie winy.

Drugi przepis w § 858 ABGB zawarty idzie dalej jeszcze. Nakazuje bowiem właścicielowi nieruchomości odgraniczenie swego gruntu, a więc wystawienie ogrodzenia (np. parkanu) po prawej stronie głównego wejścia (wchodząc), a zarazem utrzymania istniejącego. Obowiązek ten nie zależy od tego, kto parkan taki zbudował [5]. Odnosi się jednak tylko do wypadków, gdy ogrodzenie jest potrzebne, a więc do gruntów, które zwykło się zabezpieczać przed dostępem ludzi postronnych (podwórza i ogrody a nie pola i łąki) [6].

Instytucję tę uważali Nippel (Erläuterung, t. V, str. 311) i Stubenrauch (Kommentar, t. I, str. 1133) za służebność legalną, mimo, iż polega na czynieniu (in faciendo consistit)! Naszem zdaniem, należy uznać ją za ustawowe ograniczenie prawa własności (podobne do ciężaru realnego) na rzecz każdoczesnego właściciela bezpośrednio przytykającego gruntu.

---

[1] Stubenrauch, Kommentar, t. I, str. 1109.
[2] Orz. Zb. VI, 2476 ; orz. Zb. XII, 4790.
[3] Orz. z 14. II. 1912, Ev. Bl. ad § 458.
[4] Orz. z 22. II. 1871, Zb 4059.
[5] Orz. z 14. II. 1894, Zb 15021.
[6] Por. Ehrenzweig, l. c., t. I. zweite Häfte, str. 149 i Randa, Eig., str. 120/21.

Art. 647 kodeksu Napoleona: »Każdy właściciel może ogrodzić swe dziedzictwo, prócz wyjątku wyrażonego w art. 682.

Art. 648. Właściciel, który chce swój grunt ogrodzić, traci prawo do przechodów i wypasania bydła (droit aux parcours et vaine pâture), w stosunku do ziemi, którą z pod praw tych wyjmuje.

Art. 663. W miastach i przedmieściach każdy może zmusić sąsiada, by się przyczynił do postawienia i naprawy ogrodzenia, stanowiącego przedział ich domów, dziedzińców i ogrodów w tych miastach i przedmieściach; wysokość ogrodzenia oznacza się wedle szczególnych rozporządzeń lub zwyczajów stałych i uznanych; w braku zaś zwyczajów i rozporządzeń, każdy mur rozdzielający sąsiadów, który będzie stawiany lub naprawiany, w przyszłości winien mieć najmniej 32 decymetry (10 stóp) wysokości, licząc już nakrycie muru (le chaperon) w miastach liczących 50.000 dusz i więcej, a 26 decymetrów (8 stóp) w innych«.

Art. 647 i 648 odnoszą się tylko do wsi. Głoszą prawo każdego właściciela, by posiadłość swą otoczył murem, płotem czy innem ogrodzeniem, lecz na ten wypadek orzekają utratę stosunkową prawa wspólnego pastwiska i wygonu, jeśli również na gruncie ogrodzonym istniały. Prawa te pochodzą z epoki feudalnej. Również na stosunkach feudalnych oparty był zakaz ogradzania gruntów chłopskich, ze względu na prawo polowania, służące panu.

Orzecznictwo francuskie idzie nawet dalej niż brzmienie ustawy, gdyż dozwala, nawet w razie istnienia prawa przechodu z art. 682, na ogrodzenie gruntu służebnego przez właściciela, jeśli przez to nie powstają znaczniejsze niedogodności dla gruntu panującego (np. drzwi w ogrodzeniu a właściciel panującego gruntu otrzyma klucze od nich [1]). W ogrodzeniu należy nadto zostawić dołem otwory dla odpływu wody z wyższego gruntu, ze względu na »służebność« z art. 640 C. c.

Przepisy te nie wprowadzają żadnego ograniczenia prawa własności i tłumaczą się czysto historycznie, jako zniesienie dawnych ograniczeń przedrewolucyjnych i rozwinięcie zasad liberalizmu w dziedzinie prawa własności.

Natomiast art. 663 C. c. wprowadza t. zw. ogrodzenie przymusowe (clôture forcée) w miastach i przedmieściach. Jest to obowiązek pośrednio z ustawy, nałożony na właściciela gruntu, przy-

---

[1] Orz. fr. z 20. I. 1891 i 15. II. 1870.

czynienia się do kosztów budowy i naprawy muru granicznego. Wprost z ustawy wypływa »rzeczowe« uprawnienie-roszczenie o to przyczynienie się udzielone sąsiadowi.

Spornem jest czy do przewidzianego w art. 663 C. c. muru granicznego, można stosować art. 656 C. c. o uprawnieniu współwłaściciela muru wspólnego, uwolnienia się od kosztów naprawy przez zrzeczenie się współwłasności, jeżeli mur ten nie podtrzymuje jego budynku. Francuskie orzeczenia [1] oraz juryści tacy jak Locré, Toullier, Aubry i Rau oraz Marcadé, potwierdzają to pytanie.

By zająć w tej sprawie stanowisko, należy rozważyć jaki jest stosunek przymusowego ogrodzenia z art. 663 C. c. do przepisów o murze wspólnym, zawartych w art. 657—662 C. c. Uczynimy to w dziale następnym.

»Jurysprudencja« francuska nie uznaje również obowiązku z art. 663 C. c., jeśli zobowiązany jest właścicielem pustych placów na przedmieściu, których wartość jest niższa od kosztów muru [2]. Również, gdy właściciel ościenny sam wybudował mur własnym kosztem, nie może potem żądać od sąsiada zwrotu połowy kosztów budowy [3].

Kodeks nie określa bliżej co rozumie przez miasta i przedmieścia. W konkretnym wypadku rozstrzygają o tem, czy dane grunty leżą w mieście lub na przedmieściu, sądy merytorycznie sprawę rozpatrujące bez udziału instancji kasacyjnej [4].

W niemieckim kodeksie cywilnym (BGB) niema przepisów nakazujących obowiązkowe wzniesienie i utrzymanie ogrodzeń. §§ 921 i 922 BGB odnoszą się tylko do prawa używania istniejących ewentualnie urządzeń granicznych, między innemi też do ogrodzeń. Niema jednak obowiązku wobec sąsiada wybudowania nowych ogrodzeń [5].

Obowiązek ogrodzenia znają tylko ustawy budowlane jako publicznoprawny (por. obecnie art. 408, rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928, Dz. U. Rp. nr 23, poz. 202).

W prawie szwajcarskiem widzimy p. t. Ogrodzenie (Einfriedigung). Art. 679. »Koszty ogrodzenia nieruchomości ponosi

---

[1] Cass. z 26. VII. 1882, z 29. XII. 1819 i 3. XII. 1862.
[2] Orz. fr. z 28. II. 1905.
[3] Orz. Cass. belg. z 5. XI. 1885, Sirey, 1886, 4 część, str. 19.
[4] Wyr. fr. Cass. 11. VIII. 1886, D. 87, 1, 36, S. 87, 1, 168.
[5] Cosack, l. c. II, str. 161.

właściciel tegoż z zastrzeżeniem postanowień co do współwłasności na urządzeniach granicznych.

Zastrzega się prawu kantonalnemu kwestję obowiązku i sposobu ogrodzenia«.

Tak więc kodeks szwajcarski przekazuje obowiązek i sposób ogrodzenia prawu kantonalnemu. Nie można jednak ogrodzić się wbrew obowiązkowi znoszenia dostępu do lasów i pastwisk w myśl art. 699 ZGB. Przepis ust. 1 art. 697 o ponoszeniu kosztów ogrodzenia, odnosi się do wypadku, gdy ogrodzenie wykonał właściciel w całości in suo, a zresztą umową stron może być zmieniony [1] bez zachowania formy dokumentu publicznego i wpisu do księgi gruntowej (art. 680, ust. 2 ZGB), gdyż nie stanowi ustawowego ograniczenia własności.

Rozdział III. Obowiązek zapobiegania szkodzie sąsiada (cautio damni infecti).

Austrjacki kodeks przejął rzymską instytucję cautionis damni infecti w § 343 ABGB.

§ 343. »Jeśli posiadacz prawa rzeczowego może udowodnić, że istniejąca już budowa cudza albo inna rzecz cudza bliską jest zawalenia się i że jemu zagraża oczywista szkoda, ma prawo domagać się sądownie zabezpieczenia, jeżeli władza polityczna nie zaradziła temu dostatecznie w inny sposób, ze względu na bezpieczeństwo publiczne«.

Warunkiem zastosowania tego przepisu jest: 1) bezpośrednie sąsiedztwo gruntów, 2) grożąca bezpośrednio szkoda rzeczowa, 3) ze strony znajdującego się na nieruchomości sąsiedniej dzieła ręki ludzkiej lub innej rzeczy bliskiej zawalenia (vitium aedium, operis, arborum), 4) szkody da się uniknąć przez pracę wskazaną w toku porządnego gospodarstwa [2]. Jednak, gdy te warunki się spełnią, nie można domagać się wykonania wspomnianych pod 4) zabiegów dla usunięcia grożącego niebezpieczeństwa szkody, lecz jedynie dania zabezpieczenia (§ 1373 ABGB) przez właściciela rzeczy grożącej zawaleniem i to tylko na wypadek, gdy władza administracyjna nie wkroczyła i nie zarządziła, co należy dla zachowania bezpieczeństwa publicznego.

---

[1] Leemann, l. c., str. 263.
[2] Mages, l. c., str. 46.

Już to samo wystarczy, by przepisowi temu odmówić miejsca w sformułowanym przez nas zakresie prawa sąsiedzkiego, gdyż sankcja tej normy nie jest skierowana wprost na spełnienie naruszonego obowiązku (por. dział III, rozdział II, str. 74/5). Z porównania § 343 ABGB z § 1319 ABGB (§ 163, now. III) widać, że obowiązek złożenia kaucji z § 343 ABGB, idzie nieco dalej niż odpowiedzialność za szkodę z § 1319 ABGB, gdyż dotyczy również wypadku, gdy właściciel przedsięwziął wszelkie kroki wskazane starannością o odwrócenie niebezpieczeństwa.

W francuskiem prawie art. 1386 C. c. zawiera tylko obowiązek odszkodowania, ciążący na właścicielu budynku, za szkodę spowodowaną zawaleniem się, jeśli to nastąpiło wskutek wadliwego utrzymywania budynku lub skutkiem wady w jego budowie. Postanowienie to nie należy do prawa sąsiedzkiego z tych samych przyczyn co i przepis austrjacki § 343 ABGB.

Niemiecki kodeks normuje tę sprawę inaczej.

§ 908 BGB. »Jeśli gruntowi zagraża niebezpieczeństwo, że przez zawalenie się budynku lub innej budowli (Werk), która jest połączona z sąsiednim gruntem albo oderwanie się części budynku lub budowli (Werk), zostanie uszkodzony, wówczas może właściciel żądać od tego, który wedle § 836, ust. 1, albo § 837, 838, byłby odpowiedzialny za powstałą szkodę, by przedsięwziął środki potrzebne w celu odwrócenia niebezpieczeństwa«.

Tu mamy roszczenie właściciela zagrożonego gruntu nie o zabezpieczenie, lecz o wykonanie środków zaradczych przez osobę, która byłaby odpowiedzialną za szkodę, spowodowaną zawaleniem się lub oderwaniem się części budynku lub innej budowli (Werk), a więc przepis ten należy do prawa sąsiedzkiego w myśl naszego określenia tego pojęcia. Brak wymogu zawartego w § 907 BGB dla zakazu urządzeń (Anlagen), mianowicie by z pewnością dało się przewidzieć zawalenie się lub oderwanie się części, brak również wymogu winy po stronie posiadacza budynku [1].

Roszczenie z § 908 BGB zwraca się przeciw osobie, któraby była ewentualnie odpowiedzialną za szkodę, a więc przeciw posiadaczowi gruntu, na którym znajduje się budynek grożący zawaleniem lub oderwaniem się z niego części (§ 836, ust. 1 BGB), lub przeciw posiadaczowi budynku samego lub innej budowli (Werk),

---

[1] Cosack, l. c., t. II, str. 155/6.

jeśli je posiada na cudzym gruncie w wykonywaniu prawa swego (§ 837 BGB) lub wkońcu przeciw osobie, która objęła za posiadacza utrzymanie budynku lub innej budowli (Werk), lub też ma obowiązek utrzymania takich budów na podstawie przysługującego jej prawa użytkowania (§ 838 BGB).

Roszczenie z § 908 BGB o wykonanie środków potrzebnych do odwrócenia niebezpieczeństwa i odpowiadający mu obowiązek, są »treścią prawa własności« [1]. Wolff przyjmuje po stronie właściciela budynku jedynie obowiązek znoszenia wykonania środków zapobiegających niebezpieczeństwu, przez osoby do tego zobowiązane. Mimo to przepis ten i w tym wypadku, należałby do prawa sąsiedzkiego w rozumowaniu naszem.

Wybór środków zaradczych, służy zobowiązanemu do ich przedsięwzięcia.

W szwajcarskiem prawie obligacyjnem z 30. III. 1911 znajdujemy art. 59 pod tytułem: »Środki zabezpieczające«.

»Komu ze strony cudzego budynku lub dzieła zagraża szkoda może żądać od właściciela, by przedsięwziął środki potrzebne do odwrócenia niebezpieczeństwa.

Zastrzeżone zostają zarządzenia policji dla ochrony osób i własności«.

Obowiązek właściciela do przedsięwzięcia środków potrzebnych dla odwrócenia niebezpieczeństwa nie ulega tu wątpliwości. Obowiązek ten nie zależy w tym wypadku od okoliczności, by niebezpieczeństwo spowodowane było błędnem urządzeniem (fehlerhafte Anlage) lub niedostateczną konserwacją (mangelhafte Unterhaltung), czego ustawa wymaga w art. 58 szw. pr. obl., jako warunku odpowiedzialności za szkodę faktycznie wyrządzoną przez budynek lub inne dzieło.

Rozdział IV. Obowiązki czynienia prawa wodnego i obowiązki publicznoprawne.

Znamy już postanowienie polskiej ustawy wodnej z r. 1922, art. 17, ust. 4. »Na właścicielu ciąży obowiązek usunięcia przeszkód i zmian w odpływie wody, powstałych na jego gruncie wskutek

---

[1] Staudinger-Kober, Kommentar 1 b. do § 908, Gierke, l. c., § 126, uw. 40, co do gruntu zagrożonego Wolff, l. c., str. 160.

przypadku lub działania osób trzecich na niekorzyść wyżej względnie niżej leżących gruntów«. — Obowiązek ten właściciela gruntu jest samodzielnym i nie jest wynikiem obowiązków wyrażonych w ust. 1 i 2 tego artykułu. gdyż odnosi się do wszystkich przeszkód (por. ust. 2 »wstrzymywać«) i zmian (por. ust. 1 »zmieniać«), powstałych na gruncie właściciela nie przez jego własne działanie (ust. 1 i 2), lecz skutkiem przypadku lub działania osób trzecich, a więc rozciąga na te wypadki dążność do zachowania naturalnego odpływu, której wyrazem są ust. 1 i 2, art. 17 ustawy wodnej.

Art. 38 ust. 1 ustawy wodnej polskiej z r. 1922 postanawia p. t. »Obowiązek odprowadzania niezużytej wody w granicach gruntu właściciela«:

»Woda zabrana przez właścicieli gruntów nadbrzeżnych z ich prywatnej wody płynącej, a nie zużyta w granicach ich gruntów, które stanowią całość gospodarczą, ma być wprowadzona napowrót do łożyska wody płynącej, przed zetknięciem się z obcemi gruntami. Jeżeli brzegi przeciwległe należą do różnych właścicieli, każdy z nich ma prawo do odprowadzenia tylko połowy ilości wody, jaka ze względu na powszechne użytkowanie i potrzeby gospodarcze właścicieli gruntów niżej położonych, może być rozporządzalną«.

Ustawa stanowi tu również obowiązek pozytywnego świadczenia, nałożony na właściciela gruntu ze względu na grunta sąsiednie.

Bardzo podobny przepis znajduje się w kodeksie Napoleona:

Art. 644. »Czyja własność przytyka do wody bieżącej, nieuważanej, stosownie do art. 538 tytułu o różnych rodzajach majątków, za przynależność własności publicznej, ten może z niej korzystać w jej przebiegu do nawodnienia swoich posiadłości.

Czyją dziedzinę przecina woda bieżąca, ten może jej nawet używać na przestrzeni, jaką tam przebiega, pod obowiązkiem wszakże, aby przy wyjściu z jego gruntów, przywrócił ją do zwyczajnego biegu«.

Posiadłość jest nadbrzeżną chociażby była oddzielona płotem, którego utrzymanie lub zniesienie, zależało od woli właściciela gruntu [1]. Właściciel nadbrzeżny nie może jednak zużywać wody w całości dla siebie ze szkodą właścicieli nadbrzeżnych niższych

[1] Orz. z 24. I. 1865.

nawet wtedy, gdyby te wody nie wystarczyły na nawodnienie zupełne jego własności [1].

Przepis art. 644 C. c. o obowiązku przywrócenia wody do koryta dotyczy wypadku, gdy woda płynąca przecina grunt właściciela, t. j. grunty po obu stronach strumienia należą do jednego właściciela. Natomiast art. 38 polskiej ustawy wodnej idzie dalej, gdyż dotyczy właścicieli »gruntów nadbrzeżnych«, a więc stosuje się również do właścicieli, których grunt leży cały tylko po jednej stronie strumienia i postanawia w tym wypadku, iż właścicielowi wolno wówczas tylko połowę rozporządzalnej wody odprowadzać. Z chwilą wejścia w życie ustawy wodnej, kompetencja przeszła na władze administracyjne.

Omawiany art. 38 ustawy wodnej polskiej z r. 1922, zawiera przepis zupełnie podobny do treści § 43 ust. wodnej pruskiej z 7. IV. 1913 i wszedł w jego miejsce na obszarze popruskim, prócz województwa śląskiego.

W prawie budowlanem (rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928, Dz. U. Rp. nr 23, poz. 202) normują art. 196—204, szczegółowo obowiązek budowy i utrzymania muru ogniochronnego od strony granicy w budynkach ogniotrwałych, stojących bezpośrednio przy granicy sąsiedniej i w budynkach nieogniotrwałych, oddalonych o mniej niż 4 metry od granicy (art. 196). Obowiązek specjalnego urządzenia zbiorników do składania obornika i wędzarni ze względu na sąsiadów zawierają art. 260 i 302. Obowiązków wykonania pewnych pozytywnych czynności, nałożonych prawem budowlanem, nie zaliczamy do prawa sąsiedzkiego z tego względu, iż przestrzegania ich pilnuje władza administracyjna z urzędu, a więc są w naszem rozumieniu publicznoprawnemi.

Dział VII. Współwłasność graniczna.

Rozdział I. Współwłasność urządzeń granicznych.

W rozdziale tym omówimy ciekawą instytucję wspólności urządzeń granicznych, opartej na ustawie wprost lub pośrednio poprzez jednostronne uprawnienie-roszczenie sąsiada, wynikające z ustawy.

---

[1] Orz. Cass. z 4. i 17. XII. 1861.

Austrjacki kodeks cywilny mówi o »domniemanej wspólności« w §§ 854—857 ABGB.

§ 854. »Miedze, płoty, ogrodzenia, parkany, mury, prywatne potoki, kanały, place i t. p. ściany przedziałowe, które się znajdują między sąsiednimi gruntami, uważa się za wspólną własność, jeżeli herby, napisy lub inne oznaki i dowody, czego innego nie wykazują.

§ 855. Każdy uczestnik może używać z swej strony muru wspólnego do połowy jego grubości. także robić w nim drzwi fałszywe i szafy ścienne w tych miejscach, gdzie ich z przeciwnej strony jeszcze nie umieszczono. Nie wolno jednak przez zaprowadzenie komina, ogniska, ani przez inne urządzenia, wystawiać budynku na niebezpieczeństwo. ani też sąsiadowi czynić jakichkolwiek przeszkód w używaniu swego udziału.

§ 856. Wszyscy wspołwłaściciele przykładają się stosunkowo do kosztów utrzymania takich wspólnych ścian działowych. Gdy ściany te są podwójne albo gdy własność jest podzielona, wtenczas każdy ponosi koszta utrzymania tego co do niego wyłącznie należy.

§ 857. Jeżeli ściana działowa tak jest postawiona, że cegły, płoty lub kamienie z jednej tylko strony wystają lub wiszą; albo jeżeli filary, słupy, pale, podpory po jednej tylko stronie są wkopane; natenczas, w razie wątpliwości, niepodzielna własność ściany granicznej na tę stronę należy, chyba, że istniejące z obydwu stron obciążenie lub obustronne framugi, albo inne znaki czy dowody wskazują co innego. Także tego uważa się za wyłącznego posiadacza muru, kto posiada spokojnie dalszy mur równej wysokości i grubości, ciągnący się w tym samym kierunku«.

Ustawa wprowadza w §-ie 854 u. c., domniemanie wspólnej własności ścian granicznych. Współwłaścicielami są właściciele sąsiednich gruntów. Wyłączną własność jednego z sąsiadów należy udowodnić, przyczem ustawa wymienia w § 854 ABGB prзykładowo, na co się można w tym celu powołać, a w § 857 wymienia dalsze okoliczności, wskazujące na wyłączną własność (domniemanie przeciwne).

Wypada więc zastanowić się nad znaczeniem prawnem domniemań, by móc odpowiedzieć na pytanie, czy przepisy te podpadają pod nasze pojęcie prawa sąsiedzkiego.

Niema wątpliwości, że domniemania ustawowe mają przede-

wszystkiem znaczenie procesowe bo rozdzielają t. zw ciężar dowodu, lecz mają wielką donioslość prawno-materjalną wówczas, gdy 1) dowód przeciwny faktycznie nie da się przeprowadzić, lub 2) wogóle nie będzie prowadzony, oraz gdy 3) ustawa nie dopuszcza dowodu przeciwnego (praesumptio iuris ac de iure). W tych wypadkach, ustanawiają domniemania pewne skutki prawne, łącząc je z określonym stanem faktycznym. Tak więc dla tych wypadków, domniemanie jest normę prawną.

Jeśli ustawa wyklucza dowód przeciwny (p. 3), przepis zbliża się do t. zw. fikcji prawnej. Ta ostatnia przenosi skutki prawne innego stanu faktycznego na częściowo podobny stan faktyczny lub nawet zgoła inny. Różnica między praesumptio iuris ac de iure a fikcją prawną polega na tem, że pierwsza czyni zbędnem badanie pewnych składników stanu faktycznego, a druga z odmiennym stanem faktycznym, który jednak należy ustalić, łączy te same skutki prawne. Więc możemy śmiało twierdzić, że domniemanie współwłasności znaków granicznych, wprowadza z ustawy tę współwłasność, w wypadkach powyżej wymienionych.

Sama współwłasność zaś jest obligatoryjnem coprawda, lecz dotkliwem ograniczeniem uprawnień, z własności wypływających.

Kodeks austrjacki, za wzorem rzymskim, unormował współwłasność w duchu indywidualistycznym z podziałem prawa na udziały (kwoty), możnością wystąpienia ze wspólności (actio communi dividundo) (§ 830 ABGB) i wykluczeniem zobowiązania do wiecznej wspólności (§ 832 ABGB). Małe tylko odblaski rzuciła na współwłasność prawa austrjackiego germańska instytucja dominium plurium in solidum (§ 828 ABGB, »współwłaściciele przedstawiają jedną osobę«) [1].

Jednak współwłasność urządzeń granicznych ma specyficzne cechy wyróżniające ją od zwykłej współwłasności prawa austrjackiego.

1) Żaden ze współwłaścicieli sąsiadów nie może żądać zniesienia wspólności (wbrew przepisowi § 830 ABGB), a to w myśl § 844 ABGB, który dla znaków granicznych wyklucza podział. Zdaniem naszem postanowienie to należy stosować analogicznie do wszystkich urządzeń granicznych, gdyż płot lub mur stojący na

[1] Dawne prawo niemieckie właśnie na murach granicznych znało współwłasność solidarną (gemeinschaftliches Eigentum zur gesammten Hand). (Gierke, Deutsches Privatrecht, t. II, str. 389, uw. 61).

linji granicznej, nie da się podzielić fizycznie, bez utraty swego przeznaczenia, zupełnie w tym samym stopniu co zwykły znak graniczny (§ 844 ABGB verba: »nie nadają się do podziału«).

2) Żaden z sąsiadów nie może przenieść swego udziału we wspólnej własności na trzecią osobę, bez swego gruntu, wbrew § 829 ABGB, gdyż urządzenia graniczne, stanowią wedle § 297 ABGB przynależność gruntu a więc, przed odłączeniem ich od nieruchomości, samoistnie pozbyte być nie mogą a udział w wprowadzonej bezpośrednio przez ustawę współwłasności na nich — wchodzi w skład prawa własności gruntu każdego z sąsiadów. Współwłaściciele mają prawo używania wspólnego muru do połowy grubości (Ehrenzweig [1] sądzi nawet, że są wyłącznymi właścicielami muru do połowy grubości, a nie co do idealnych partes pro indiviso, lecz zdaniem naszem błędnie, bo wbrew wyraźnej treści § 854 verba: »wspólna własność« i § 825 ABGB verbum »niepodzielnie«). Nie wolno własnem używaniem naruszyć sąsiada w jego prawie używania (§ 828 ABGB). Prawo używania nie gaśnie przez zburzenie muru, skoro ten odbudowano [2].

Można w księdze gruntowej uwidocznić rozmiary muru granicznego [3].

Współwłaściciele ponoszą wspólnie koszty utrzymania urządzeń granicznych w stosunku do wielkości swych udziałów (§ 839 ABGB). Bardzo szczegółowe przepisy zawiera kodeks napoleoński o t. zw. murze wspólnym (mur mitoyen).

Art. 653 C. c. »W miastach i wsiach każdy mur, rozdzielający budynki, aż po dach budynku niższego lub dzielący podwórza i ogrody i nawet przedzielający ogrodzone przestrzenie w polach, uważa się za wspólny (mitoyen), jeśli niema tytułów lub znaków przeciwnych.

Art. 654 C. c. Znakiem niewspólności jest, gdy szczyt muru jest prosty i pod pion z zewnętrznej strony swej układany, a z drugiej przedstawia płaszczyznę pochyłą.

Nadto jeszcze, gdy z jednej tylko strony znajduje się daszek lub wąskie listwy (filets) i wsporniki kamienne (corbeaux de pierre), umieszczone przy budowaniu muru.

---

[1] l. c., t. I, zweite Halfte, str. 148.
[2] Orz. z 7. I. 1863, Zb. 1626.
[3] Orz. z 5. XI. 1907, Zb. X, 3956.

W tych wypadkach uważa się mur za wyłączną własność tej strony, z której jest ściek lub kamienne listwy i wsporniki.

Art. 655. Naprawa i odbudowanie muru wspólnego, obciążają wszystkich mających do niego prawo, a to w stosunku do prawa każdego z nich.

Art. 656. Jednakże każdy współwłaściciel muru wspólnego, może się uwolnić od przykładania się do napraw i odbudowań, zrzekając się prawa wspólności, byleby mur wspólny nie wspierał budynku doń należącego

Art. 657. Każdy współwłaściciel może się przybudować do muru wspólnego i wpuszczać weń jakiekolwiek belki na całą grubość muru z pozostawieniem 54 milimetrów (2 cali); co nie ubliża prawu jakie służy sąsiadowi do obcięcia belki dłutem aż do połowy muru na przypadek, gdyby sam chciał w tem samem miejscu osadzić belki lub komin tam przystawić.

Art. 658. Każdy współwłaściciel może nadbudować mur wspólny; lecz sam ponosić musi koszt nadbudowy, naprawy zachowawcze, powyżej wysokości wspólnego muru, a nadto odszkodowanie za obciążenie odpowiednio do nadbudowy i wartości.

Art. 659. Jeżeli mur wspólny nie może wytrzymać nadbudowy, to ten, kto go chce podwyższyć, powinien go przebudować w całości swoim kosztem, a pogrubienie powinno nastąpić po jego stronie.

Art. 660. Sąsiad, który się nie przykładał do nadbudowy może nabyć wspólność nadbudowanego muru, płacąc połowę wyłożonych kosztów oraz wartość połowy gruntu w wypadku, gdyby był zajęty pod pogrubienie.

Art. 661. Każdy właściciel sąsiadujący z murem ma również możność uczynienia go wspólnym w całości lub części, zwracając właścicielowi muru połowę jego wartości lub połowę wartości tej części, którą chce wspólną uczynić, oraz połowę wartości gruntu, na którym mur jest zbudowany.

Art. 662. Jeden z sąsiadów nie może czynić w murze wspólnym żadnego wgłębienia, ani przystawiać do niego lub opierać żadnego urządzenia bez zgody drugiego, albo w razie jego odmowy bez określenia przez biegłych środków koniecznych, aby nowe urządzenie nie szkodziło prawom drugiego sąsiada.

Art. 665. W razie odbudowania muru lub domu wspólnego, służebności czynne i bierne trwają względem nowego muru lub

nowego domu, byle wszakże nie stały się uciążliwszemi i o tyle, o ile odbudowanie nastąpiło przed nabyciem przez przedawnienie.

Art. 666. Wszelkie rowy pomiędzy dwoma dziedzinami uważa się za wspólne, jeśli brak tytułu lub oznaki przeciwnej.

Art. 667. Oznaką niewspólności jest, gdy wzniesienie lub odrzut ziemi znajduje się tylko po jednej stronie rowu.

Art. 668. Rów uważa się za wyłączną własność tego, po czyjej stronie znajduje się odrzut.

Art. 669. Rów wspólny powinien być utrzymywany wspólnym kosztem.

Art. 670. Każdy płot oddzielający dziedzinę uważa się za wspólny, chyba, że tylko jedna dziedzina jest ogrodzona lub istnieje tytuł albo dostateczne posiadanie świadczące o przeciwieństwie.

Art. 675. Jeden z sąsiadów nie może bez zezwolenia drugiego urządzać w murze wspólnym żadnego okna lub otworu w jakikolwiekbądź sposób, chociażby o oszkleniu nieruchomem«.

W art. 653 -665 C. c. mowa o wspólnym murze, art. 666—669 C. c. traktują o wspólnym rowie, a w art. 670 C. c. o płocie wspólnym.

Zacznijmy od murów. Domniemanie współwłasności wypowiada art. 653 C. c. dla 3 grup przypadków: 1) mur stanowi przegrodę między dwoma budynkami, wówczas wspólnym jest mur aż po dach niższego budynku; 2) mur rozdziela dwa dziedzińce lub dwa ogrody i 3) mur rozgranicza obszary ogrodzone w polach. Niema domniemania wspólności, gdy budynek znajduje się tylko z jednej strony muru a posiadłość z drugiej jest innego rodzaju np. między domem a podwórzem [1], (lecz zburzenie lub zawalenie się jednego z przyległych do muru budynków nie niszczy domniemania [2]).

Jeśli w czasie wybudowania muru budynki były tylko z jednej strony a następnie wybudowano z drugiej, to domniemania z art. 653 C. c. nie można stosować [3].

Domniemanie wspólności muru można obalić tytułem pisemnym, posiadanym przez jednego z sąsiednich właścicieli [4] lub oznaki przeciwne wyliczone w art. 654 C. c. Oznaki te musiały istnieć

---

[1] Orz. Cass. z 4. VI. 1845.
[2] Orz. fr. z 15. VI. 1881.
[3] Orz. fr. z 10. VII. 1865.
[4] Orz. fr. z 11. VIII. 1884, Cass. 25. I. 1859, Baudry-Lacantinerie, t. I, nr 1477.

już w chwili postawienia muru lub też dodano je w oczach sąsiada przed więcej niż 30 laty [1]. Można bowiem przez upływ 30 lat zasiedzieć wyłączną własność wspólnego muru i odwrotnie, sąsiad może zasiedzieć wspólność muru, stanowiącego wyłączną własność sąsiedniego właściciela w tym samym okresie czasu.

Współwłasność urządzeń granicznych wprowadzona w ten sposób z ustawy, zwana »mitoyenneté«, stanowi szczególny rodzaj współwłasności o częściach idealnych (partes pro indiviso, l'indivision), odznaczający się brakiem skargi o rozdział wspólności. Dlatego też autorzy francuscy nazywają ją »indivision forcée«, przymusową wspólnością. Mimo to ustawa Napoleońska urządziła ten stosunek prawny w wysokim stopniu indywidualistycznie.

Świadczą o tem postanowienia art. 656, 657, 658—661 C. c.

I tak: 1) Od obowiązków przyczyniania się do kosztów naprawy i odbudowy muru może współwłaściciel uwolnić się przez zrzeczenie się wspólności (art. 656 C. c.). Coprawda zrzeczenie się jest niedopuszczalne, gdy mur wspólny podpiera budynek współwłaściciela, obowiązanego do ponoszenia części kosztów, których pragnie uniknąć a to tak długo jak długo mur istnieje [2], nadto w wypadku, gdy koszty powstały z winy współwłaściciela, który pragnie się zrzec [3].

2) Można bez zgody drugiego współwłaściciela-sąsiada przybudować się do muru wspólnego i wpuszczać weń belki na całą prawie grubość. Wobec tych kroków, drugi współwłaściciel może reagować obcięciem belki do połowy grubości, jeśli chce w tem samem miejscu osadzić swe belki lub przystawić komin — a to również bez zgody pierwszego współwłaściciela (art. 657 C. c.).

3) Dalej można bez zgody współwłaściciela-sąsiada podwyższyć mur wspólny (art. 658 C. c.) i to bez względu na szkodę ewentualnie stąd dlań wynikającą z jednej strony a ważność interesu nadbudowującego w nadbudowie z drugiej [4]. Również orzeczenia biegłych w tym celu zasięgać nie trzeba [5]. Jeśli nadbudowujący spełnił wymagania podane w art. 658 C. c, nadbudowana część muru staje się wyłączną jego własnością! Na wypadek, gdyby mur

---

1 Orz. fr. z 30. XI. 1905.
2 Orz. fr. z 24. III. 1884.
3 Dec. fr. rady stanu z 11. V. 1883.
4 Orz. Cass. z 11. IV. 1864.
5 Orz. fr. z 18. IV. 1866.

nie wytrzymał projektowanej nadbudowy, można nawet cały mur z gruntu przebudować bez zgody drugiego współwłaściciela (art. 659 C. c.).

4) Ten ostatni może jednak nabyć wspólność nadbudowanej części muru bez zgody pierwszego za cenę zwrotu połowy wartości gruntu, zajętego pod pogrubienie, i połowy rzeczywistych kosztów podwyższenia. Jest to uprawnienie-roszczenie wprost z ustawy, służące właścicielowi wobec drugiego, lecz dotyczy przedmiotu wyłącznej własności tego drugiego. Przez jednostronny akt współwłaściciela, następuje ustanowienie wspólności na rzeczy, stanowiącej dotąd wyłączną własność drugiego (art. 660 C. c.).

5) Analogicznego uprawnienia-roszczenia udziela ustawa każdemu właścicielowi gruntu, sąsiadującego bezpośrednio [1] z murem, stanowiącym wyłączną własność sąsiada (art. 661 C. c.). Może on niezależnie od motywów, które nim kierują [2], stać się współwłaścicielem muru przez zapłatę połowy wartości muru i połowy wartości gruntu zajętego pod mur. Instytucja ta żywo przypomina wywłaszczenie, toteż zarówno autorzy (np. Konic [3]) jak i judykatura [4], nazywają ją wywłaszczeniem prywatnoprawnem. Ponieważ jednak nie doprowadza do całkowitej utraty prawa własności po stronie dotychczasowego właściciela, a doprowadza do ustanowienia wspólności (mitoyenneté) należy ją omówić w tem miejscu.

Uprawnienie z art. 661 C. c. służy tylko właścicielowi gruntu, sąsiadującego bezpośrednio wobec właściciela muru i nie ulega przedawnieniu (art. 2232 C. c.), jako ius merae facultatis. Wspólność nabywa sąsiad z chwilą zapłacenia wynagrodzenia, w braku odmiennej umowy, a przejmuje mur wraz z wszystkiemi służebnościami, ciążącemi na murze w tej chwili [5]. Wobec murów stanowiących własność publiczną, uprawnienie z art. 661 C. c. nie przysługuje [6].

Dziwną sprzeczność spotyka się w omawianej tu materji, w tak jasnym i logicznie zbudowanym kodeksie Napoleona. Podczas gdy art. 657 C. c., jak widzieliśmy wyżej, zezwala każdemu

---

[1] Orz. fr. Sądu Apel. w Bordeaux z 3. I. 1888.

[2] Orz. fr. z 3. VI. 1850 i M. Bousquet, Des servitudes de droit civil, nr 268, str. 147.

[3] l. c., str. 476.

[4] Np. orz. fr. z 10. IV. 1889 i OSP nr 25 z r. 1919.

[5] Orz. fr. z 31. V. 1882, 15. VII. 1875 i 13. I. 1879.

[6] Orz. fr. z 16. VI. 1856, 14. II. 1900 i 16. VI. 1856.

współwłaścicielowi na przybudowanie się do muru wspólnego i wpuszczanie weń belek bez zgody drugiego współwłaściciela i bez zasięgania orzeczenia znawców, art. 662 C. c. wymaga zgody drugiego, a w razie odmowy, orzeczenia biegłych dla wszelkich wgłębień w murze wspólnym i przystawiania lub oparcia oń wszelkich urządzeń. Baudry-Lacantinerie [1] wytykają tę sprzeczność, inni zdają się jej nie widzieć. Konic [2] błędnie utrzymuje, jakoby art. 657 C. c. miał na myśli przybudowanie się w ten sposób, że istnieją dwa oddzielne mury.

Zdaniem naszem jedynem wyjściem jest przyjąć, że art. 657 C. c. zezwala tylko na przybudowanie się, t. j. oparcie budynku o mur wspólny i wpuszczanie weń belek bez zgody sąsiada-współwłaściciela, a art. 662 C. c. mówiący ogólnie (»żadnego wgłębienia« »aucun enfoncement«, »żadnego urządzenia« »aucun ouvrage«) zakazuje robienia wszelkich innych wgłębień prócz otworów na belki i opierania wszelkich innych urządzeń prócz budynków. Jeśli więc nie chodzi o wypadki przewidziane w art. 657 C. c., a brak zgody drugiego współwłaściciela, wówczas służy temuż roszczenie a ewentualnie skarga o usunięcie wgłębienia czy też urządzeń i w razie szkody o wynagrodzenie jej [3].

Wymóg zgody drugiego współwłaściciela dla wybicia w murze wspólnym okien i otworów jakichkolwiek (art. 675 C. c.), jest prostą konsekwencją współwłasności. Można jednak zasiedzieć prawo utrzymywania takich otworów wbrew art. 675 C. c., jeśli są widoczne [4]. Zakaz art. 675 C. c. przestaje obowiązywać, gdy jedna z sąsiadujących posiadłości zostanie wcielona do własności publicznej, gdyż wówczas mur przestaje być wspólnym [5].

Art. 666—669 C. c. traktujące o wspólnym rowie i art. 670 C. c. o płocie wspólnym, obowiązują w b. Kongresówce w pierwotnem brzmieniu z przed noweli francuskiej z 20. VIII. 1881.

Nowela ta rozstrzygnęła kwestję, czy można uwolnić się od obowiązku przyczyniania się do utrzymania rowu wspólnego i to w sensie twierdzącym (nowy art. 667 C. c.), jednak wykluczyła to uprawnienie wówczas, gdy rów służy zwykle do odpływu wód.

---

[1] l. c., t. I, nr 493.
[2] l. c., str. 480.
[3] Orz. fr. z 2. II. 1897.
[4] Orz. fr. z 19. IV. 1849 i 15. VI. 1881.
[5] Orz. fr. z 17. III. 1891 i 20. II. 1900.

Nadto wykluczyła zastosowanie art. 661 C. c. o przymusowem nabyciu wspólności, odnośnie do rowu i żywopłotu, stanowiącego wyłączną własność sąsiedniego właściciela (art. 668 C. c. w nowem brzmieniu). W b. Królestwie gdzie nowela francuska z r. 1881 nie obowiązuje, należy przyjąć, że zrzeczenie się wspólności rowu jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy rów ten nie przynosi faktycznie innej korzyści sąsiadowi, pragnącemu się zrzec udziału w nim prócz tej, że oznacza granicę. Przymusowego nabycia wspólności z art. 661 C. c. nie można i w b. Kongresówce stosować do rowów granicznych, gdyż analogja jest tu niedopuszczalna, albowiem chodzi o ograniczenie własności [1].

Powyższe rozważania odnoszą się również do płotu wspólnego, o którym mowa w art. 670 C. c. Obowiązek właściciela sąsiedniego gruntu do przyczynienia się do wystawienia i naprawy ogrodzeń domów, dziedzińców i ogrodów w miastach i przedmieściach (art. 663), omówiono już wyżej (str. 179/80). Pozostaje jeszcze pytanie czy wystawione względnie naprawione wspólnym kosztem ogrodzenia, stanowią współwłasność sąsiadujących bezpośrednio właścicieli. Oczywiście zakłada się, że ogrodzenia te ustawiono na linji granicznej, a nie w całości na jednym z gruntów. Naszem zdaniem należy rozróżnić między wystawieniem nowego ogrodzenia wspólnym kosztem sąsiadów, a naprawą dawnego w takiż sposób. W pierwszym wypadku mamy niewątpliwie współwłasność, w drugim trzeba znów rozróżnić, czy dawne ogrodzenie było współwłasnością sąsiadów, czy nie. Jeśli stanowiło wspólną własność sąsiadów, to przez naprawę wspólnym kosztem nic się, rzecz jasna, nie zmieniło, jeśli zaś ogrodzenie było wyłączną własnością jednego z sąsiadów, to przez przymusowe przyczynienie się drugiego sąsiada, nie stało się ono wspólną ich własnością.

Francuska współwłasność na urządzeniach granicznych (mitoyenneté des clôtures), charakteryzuje się, podobnie jak austrjacka, z jednej strony brakiem roszczenia o podział wspólności (actio communi dividundo), a nadto niemożnością przeniesienia udziału we współwłasności, bez gruntu graniczącego z murem, rowem czy płotem granicznym, a to ze względu na charakter prawny tych urządzeń, jako przynależności gruntu (art. 552 C. c.).

Inaczej unormował sprawę tę kodeks niemiecki.

---

[1] Konic, l. c., str. 496/7.

§ 921 BGB. »Jeżeli dwie nieruchomości oddziela od siebie wolna przestrzeń (Zwischenraum), miedza (Rain), kąt (Winkel), rów, mur, żywopłot, płot lub inne urządzenie służące korzyści obu gruntów, natenczas istnieje domniemanie, że właściciele tych gruntów są wspólnie uprawnieni do używania urządzenia, o ile zewnętrzne znamiona nie wskazują na to, że urządzenie to należy wyłącznie do jednego z sąsiadów«.

§ 922 BGB. »Jeśli sąsiedzi są wspólnie uprawnieni do używania jednego z urządzeń oznaczonych w § 921, wówczas każdy z nich może używać go do celu wynikającego z jego właściwości o tyle, o ile nie zostanie naruszone współużywanie drugiego. Koszty utrzymania ponoszą sąsiedzi w równych częściach. Jak długo jeden z sąsiadów ma interes w dalszem istnieniu urządzenia, nie wolno go bez jego zgody usunąć lub zmienić. Zresztą oznacza się stosunek prawny między sąsiadami, wedle przepisów o wspólności«.

Tak więc co do prawa własności urządzeń granicznych, niczego kodeks niemiecki nie postanawia. Domniemanie z § 921 BGB, odnosi się tylko do wspólnego prawa używania (Benutzung). Mimo to w myśl § 922 BGB, nawet wyłączny właściciel urządzenia granicznego nie może go usunąć ani zmienić bez zgody sąsiedniego właściciela, jeśli temu służy prawo używania. Tu więc prawo wspólnego używania wkracza w treść prawa własności i ogranicza je.

§ 921 BGB przewiduje wyjątek od tego domniemania wówczas, gdy zewnętrzne cechy wskazują na wyłączną własność jednego z sąsiadów. Nasuwa się pytanie czy dla obalenia domniemania wystarczy przeprowadzić w jakikolwiek sposób dowód swej wyłącznej własności, czy też dowód ten skuteczny jest tylko w razie istnienia zewnętrznych cech na urządzeniach granicznych. Cosack[1] uważa, iż tylko drugi sposób prowadzenia przeciwdowodu jest skuteczny, natomiast Wolff[2] i Endemann[3] oświadczają się za jakimkolwiek dowodem. Zdaniem naszem słuszność jest po stronie poglądu Cosacka, gdyż chodzi tu o prawo używania a nie współwłasność a więc o prawo z istoty swej mogące istnieć tylko na rzeczy cudzej, a ustawa dla zapobieżenia sporom wymaga zewnętrznych oznak wyłącznej własności, tak trudnej zwykle do wykazania innym

---

[1] l. c., str. 160.
[2] l. c., str. 174.
[3] Lehrbuch des bürg. Rechts II, 1, str. 459.

sposobem, gdy linja graniczna nie jest ściśle ustalona. Wspólność prawa używania stosuje się do przepisów §§ 741—758 o wspólności. Wedle § 749 i 758 BGB, można zawsze domagać się zniesienia wspólności nawet, gdy umownie je wykluczono wogóle lub na pewien czas, lecz wówczas tylko z ważnych przyczyn a roszczenie odnośne nie przedawnia się. Zdaniem naszem wbrew postanowieniu § 747 BGB, nie można przenieść prawa współużywania urządzania granicznego bez własności swego gruntu a to dlatego, że prawo to (jak i obowiązek utrzymywania wspólnego urządzeń granicznych z § 922 BGB) stanowi »treść prawa własności«, a nie jest samodzielnem prawem [1]. Dla zmiany lub zniesienia wspólnego używania urządzeń granicznych, trzeba ustanowienia służebności gruntowej z § 1018 BGB.

Kodeks cywilny szwajcarski zawiera w art. 670 ZGB p. t. Współwłasność na urządzeniach dla odgraniczenia (Vorrichtungen zur Abgrenzung) następujący przepis:

Art. 670. »Jeśli urządzenia dla odgraniczenia dwóch nieruchomości (Grundstücke) jak mury, żywopłoty, płoty stoją na granicy, wówczas domniemywa się współwłasności obu sąsiadów«.

Przeciw temu domniemaniu można powołać się na przeciwny zwyczaj miejscowy lub na uprawnienie do utrzymania budowy na cudzym gruncie (Überbaurecht z art. 674 ZGB).

Przesłanką zastosowania art. 670 ZGB, jest oczywiście niesporność granicy.

Współwłasność sąsiadów na urządzeniach granicznych podlega przepisom o współwłasności wedle kwot (Miteigentum) z art. 646—651 ZGB, a nie o własności łącznej (Gesamteigentum) z art. 652—654 ZGB.

Jednak sąsiad-współwłaściciel w myśl art. 650 ZGB, nie może żądać rozdziału wspólności, gdyż roszczenie to jest wykluczone przez przeznaczenie rzeczy dla trwałego celu (verba: »Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck«). Nadto wbrew brzmieniu art. 646, ust. 3 ZGB, nie może współwłaściciel rozporządzać (aljenacja, zastaw) swym udziałem we wspólności bez równoczesnego rozporządzenia swem prawem własności gruntu a to dlatego, iż współwłasność ta jest nierozdzielnie połączona z własnością gruntu,

---

[1] Por. Wolff, l. c., str. 175.

co wynika ze stanowiska urządzeń granicznych, jako przynależności gruntu (art. 644, ust. 2 i 667 ZGB).

Te cechy charakterystyczne współwłasności na urządzeniach granicznych, uzasadniają nazwę użytą przez Leemanna [1] współwłasność z przymusową wspólnością (Miteigentum mit Zwangsgemeinschaft).

Rozdział II. Drzewa graniczne.

Innego charakteru nabiera współwłasność sąsiedzka, gdy chodzi o drzewa rosnące na granicy.

W kodeksie cywilnym austrjackim znajdujemy:

§ 421. »Własności drzewa nie oznacza się podług korzeni rozpościerających się w sąsiednim gruncie, lecz wedle pnia wystającego z gruntu. Jeżeli drzewo stoi na granicach kilku właścicieli, jest wspólną własnością«.

Drugie zdanie § 421 ABGB, ustanawia współwłasność drzewa stojącego na granicach gruntów. Ehrenzweig [2] sądzi z analogji prawa rzymskiego i kodeksu Terezjańskiego, że zachodzi tu wyłączna własność sąsiadów każdego na swojej części drzewa a więc partes pro diviso, a nie pro indiviso. Wobec wyraźnego brzmienia kodeksu austr. w § 825, zdaniem naszem, niesłusznie. W myśl § 839 ABGB sąsiedzi-współwłaściciele, przyczyniają się w równych częściach do utrzymania drzewa i w tym stosunku korzystają z owoców a po ścięciu, i z samego drzewa. Prawo wycięcia korzeni i gałęzi z § 422 ABGB, nie służy współwłaścicielowi samowolnie w myśl § 828 ABGB. O ile drzewo, będące przedmiotem współwłasności sąsiadów, służy zarazem za znak graniczny, o tyle też nie może żaden z sąsiadów żądać zniesienia wspólności z § 830 ABGB, a to w myśl § 844 ABGB. Udziału swego we wspólnej własności drzewa, nie może przenieść sąsiad na trzecią osobę bez swego gruntu, wbrew § 829 ABGB, a to z tego samego powodu co udziału we współwłasności urządzeń granicznych. Pozatem, współwłaścicielom służą prawa z §§ 825—849 ABGB, to jest ogólnych przepisów o współwłasności.

Gdy drzewo wspólne nie służy za znak graniczny, może każdy ze współwłaścicieli żądać zniesienia współwłasności i podziału drzewa wedle §§ 830 i 841—843 ABGB. O tyle różni się współwłasność

---

[1] l. c., str. 167.

[2] l. c., Bd. I, zweite Halfte, str. 151.

drzew granicznych od współwłasności urządzeń granicznych w prawie austrjackiem.

Art. 673. Kodeksu Napoleona w pierwotnem brzmieniu: »Drzewa, w płocie wspólnym się znajdujące, są wspólne tak jak płoty; i każdy z dwóch właścicieli ma prawo wymagać, by je ścięto«.

Tak więc prawo francuskie specjalnie podkreśla, że przeciwnie niż przy wspólności ogrodzeń (clôture), wspólność drzewa jest każdej chwili rozwiązalna.

Nowela francuska z 20. VIII. 1881 w nowym art. 670, dodała do powyższych przepisów o wspólności drzew granicznych kilka dalszych postanowień. Domniemanie wspólności rozciągnęła również na drzewa zasadzone na linji rozdzielającej grunty. Po uschnięciu, ścięciu czy wyrwaniu dzieli się je po połowie między współwłaścicieli sąsiadów. Owoce zbiera się na wspólny koszt i dzieli również po połowie niezależnie od tego czy spadły w sposób naturalny, czy je strząśnięto, czy zerwano.

Postanowienia o podziale owoców i samego materjału drzewa wspólnego nie stanowią zmiany obowiązującego prawa i dlatego stosować je należy również na terenie b. Kongresówki.

W niemieckim kodeksie cywilnym znajduje się następujący przepis:

§ 923 BGB. »Jeśli drzewo stoi na granicy, wówczas należą się owoce, a w razie ścięcia drzewa, i samo drzewo sąsiadom w równych częściach.

Każdy z sąsiadów może domagać się usunięcia drzewa. Koszty usunięcia ponoszą sąsiedzi w równych częściach. Sąsiad, który domaga się usunięcia, ponosi jednak sam koszty, gdy drugi zrzeka się prawa swego do drzewa; pierwszy nabywa w tym wypadku wyłączną własność z chwilą odłączenia.

Roszczenie o usunięcie jest wykluczone, gdy drzewo służy jako znak graniczny i wedle okoliczności nie można go zastąpić innym odpowiednim celowi znakiem granicznym.

Te przepisy stosują się też do rosnącego na granicy krzewu«.

W przeciwieństwie do §§ 921 i 922 BGB o urządzeniach granicznych mowa tu wyraźnie o współwłasności na drzewach granicznych. Współwłasność ta w równych kwotach idealnych, może być rozwiązana każdej chwili.

Różnica między zwykłą współwłasnością a współwłasnością

na drzewach rosnących na granicy zaznacza się jednak w tem, iż zniesienie wspólności dokonuje się tylko przez ścięcie drzewa i podział in natura wbrew postanowieniu § 752 BGB, który wyklucza podział taki, gdy wywołuje zmniejszenie wartości rzeczy dzielonej i wbrew § 753 BGB, który znów nakazuje w tym wypadku sprzedać rzecz wspólną w drodze licytacji między wspólnikami i podzielić cenę.

Zrzeczenie się roszczenia o zniesienie wspólności wiąże następcę in ius singulare współwłaściciela tylko wtedy, jeśli je wpisano do księgi gruntowej, jako obciążenie udziału we współwłasności (art. 1010, ust. 1 BGB).

Jedynie wówczas, gdy drzewa służącego za znak graniczny nie da się zastąpić innym znakiem odpowiednim, wykluczone jest roszczenie o zniesienie wspólności (§ 923 BGB, ust. 2, zd. 4).

Od obowiązku przyczynienia się do kosztów usunięcia, można się uwolnić przez zrzeczenie się wspólności drzewa (§ 923, ust. 2, zd. 3 BGB). Zrzeczenie takie uprawnia drugiego współwłaściciela do nabycia własności w myśl §§ 956 i 957 BGB, zawsze jednak z chwilą odłączenia drzewa, gdyż drzewo przechodzi z tą chwilą w jego wyłączne posiadanie [1]. Nie trzeba chyba specjalnie podkreślać, że udziału swego we wspólnem drzewie nie można, zarówno wedle prawa francuskiego jak i niemieckiego, odstępować bez prawa własności gruntu z tych samych powodów co udziału w murach, płotach i t p. urządzeniach granicznych.

W prawie s z w a j c a r s k i e m brak przepisów o drzewach granicznych. Domniemanie wspólności z art. 670 ZGB, odnosi się tylko do urządzeń dla odgraniczenia dwóch nieruchomości (Vorrichtungen zur Abgrenzung zweier Grundstücke). Ustawa szwajcarska dość niechętnie odnosi się do specjalnego unormowania własności i innych praw na roślinach (np. art. 678, ust. 2 i art. 20 tytułu końcowego kodeksu cyw. szwajc., zawierający przepisy wprowadcze i dotyczące stosowania go). Dlatego też musimy przyjąć, że drzewo rosnące na granicy uchodzi za wyłączną własność każdego z sąsiadów w tych rozmiarach, w jakich je dzieli pionowa powierzchnia, stanowiąca granicę gruntów (art. 642 i 667 ZGB). Tak przyjmowano również w doktrynie prawa pospolitego (gemeines Recht) [2].

---

[1] Por. Wolff, l. c., str. 175.

[2] Wolff, l. c., str. 175.

Rozdział III. Zbliżone przepisy.

Art. 664 kodeksu Napoleona traktuje o wypadku »gdy różne piętra jednego domu należą do różnych właścicieli«, a więc o własności domu podzielonej poziomo wedle pięter. Wytwarza to bardzo skomplikowane stosunki prawne między właścicielami pięter, w braku odmiennej umowy stron lub rozporządzeń ostatniej woli. Wprawdzie każdy »właściciel piętra« ma wydzieloną fizycznie część budynku na własność, jednak grunt zajęty pod dom, dach i główne mury stanowią wspólną własność wszystkich »właścicieli pięter«[1]. Ponieważ ten rodzaj własności istniejący tylko w niektórych miastach Francji nie powstaje z ustawy, lecz tylko umownie lub na podstawie rozporządzenia ostatniej woli, przeto nie podpada instytucja ta pod nasze pojęcie prawa sąsiedzkiego i możemy ją pominąć.

W prawie szwajcarskiem, które w art. 675 ZGB wyklucza wyraźnie ustanowienie prawa budowy (Baurecht) na poszczególnych piętrach budynku, znajdujemy przepis art. 708 o wspólności źródeł (Quellengemeinschaft). Ciekawy ten przepis udziela każdemu z właścicieli źródeł, należących do wspólnego obszaru zbierania się wód, uprawnienia do postawienia wniosku, by je wspólnie ujęto i wodę z tak ujętego źródła, doprowadzano uprawnionym w stosunku do dotychczasowej siły źródeł. Każdy z pozostałych właścicieli źródeł, może się sprzeciwić wnioskowi. W tym wypadku jednak wszystkim innym właścicielom źródeł, należących do wspólnego obszaru wód podziemnych, prócz sprzeciwiającego się wnioskowi, wolno ująć i odprowadzić swe źródło także wtedy, gdy przez to uszczupli się siłę innych źródeł, a więc wbrew art. 706 i 707 ZGB. Właściciel ujętego w ten sposób źródła winien wynagrodzić szkodę tylko wówczas i tylko w tej wysokości, jeśli jego źródło przez nowe urządzenia doznało wzmocnienia.

Tak więc istnieje tylko pośredni przymus, by wskutek wniosku jednego z właścicieli takich źródeł, utworzyć wspólność źródeł (Quellengemeinschaft) przez wspólne ich ujęcie a to przez uprawnienie służące w myśl ust. 3, art. 708 ZGB, właścicielom źródeł sąsiadujących ze sprzeciwiającym się wnioskowi. Instytucja ta nie podpada pod nasze pojęcie prawa sąsiedzkiego, bo sankcja tego

---

[1] Orz. fr. 31. VII. 1872.

przepisu nie zmierza wprost do spełnienia obowiązku wspólnego ujęcia źródeł.

Dział VIII. Wywłaszczenie prywatnoprawne.

Rozdział I. Gałęzie, owoce i korzenie drzew wysunięte poza granicę.

Często się zdarza, że drzewo rosnące w pobliżu granicy w miarę rozrostu wrasta korzeniami w sąsiedni grunt, przewiesza gałęzie swe wraz z owocami poza granicę. Powstaje wówczas pytanie czy korzenie te uważać nadal za część drzewa, należącego do właściciela gruntu sąsiedniego, na którym drzewo wyrasta, czy jako przynależność gruntu, w który korzenie te wrosły. To samo odnosi się do gałęzi wraz z owocami. Jeśli zaś stanąć na stanowisku, odpowiadającem potocznemu poczuciu prawnemu (przynajmniej u nas w dobie obecnej), że zarówno gałęzie jak i korzenie pozostają częścią drzewa, mimo, że wrastają w grunt sąsiada, względnie przewieszają się nad nim, pozostaje otwartą kwestja ustawodawczego unormowania tego rodzaju wypadków.

Kodeks austrjacki przewiduje je w §§ 421 i 422 ABGB.

§ 421 zdanie 1: »Własności drzewa nie oznacza się według korzeni rozrastających się w sąsiednim gruncie, lecz wedle pnia wystającego z gruntu«.

§ 422. »Każdy właściciel gruntu może wyrwać z swej ziemi korzenie cudzego drzewa, a gałęzie zwieszające się nad swą przestrzenią powietrza, obcinać lub ich inaczej używać«.

Pierwsze zdanie § 421 i 422 ABGB, mówią o prawie własności wyłącznej na drzewach. Sąsiad, to jest właściciel gruntu, nad którym zwieszają się gałęzie cudzego drzewa (prawo do gałęzi zwisających służy także użytkowcy [1]) ma tylko prawo je wyciąć własnym kosztem, co właściciel drzewa musi ścierpieć, nie ma zaś skargi negatoryjnej, ani o odszkodowanie za wyrządzoną przez gałęzie szkodę, ani o zabezpieczenie przed ewentualną szkodą [2].

Jest on posiadaczem gałęzi zwisających [3], nie dopuszcza się

[1] Orz. z 6. X. 1869, Zb. nr 3527.
[2] Orz. z 28. X. 1869, Zb. nr 3549.
[3] Orz. z 6. X. 1869, Zb. nr 3527 i orz. z 21. VII. 1858, Zb. nr 600.

naruszenia w posiadaniu przez ich usunięcie[1], lecz nie może dla usunięcia ich wejść na grunt sąsiada[2]. Mimo to: 1) zwisające gałęzie są równocześnie częścią składową nieruchomości, na której drzewo się znajduje. Dlatego podlegają służebności ciążącej na tej nieruchomości[3] i 2) przez wyrąbanie drzewa na własnym gruncie, właściciel tego drzewa nie dopuszcza się naruszenia w posiadaniu konarów (por. wyżej gałęzie) zwisających na grunt sąsiedni[4].

Sąsiad-właściciel gruntu ma prawo obcięcia gałęzi zwisających nawet wówczas, gdy drzewo stanowi granicę w myśl umowy[5].

Właściciel drzewa ma obowiązek ścierpieć to wycięcie[6], ale niema obowiązku chronić właściciela gruntu sąsiedniego przed szkodą ze zwisających na nią gałęzi wyniknąć mogącą[7], ani też ponieść kosztów ich usunięcia[8].

Sąsiad traci prawo obcięcia gałęzi, gdy to się sprzeciwia ustawie lasowej[9].

Sporną jest kwestja, czy sąsiad nabywa ścięte gałęzie na własność z chwilą ścięcia. Pogląd ten wyznaje Stubenrauch[10] i Ehrenzweig[11], obaj opierając się na germańskiem Überhangsrecht i na §§ 297 ABGB i 475, nr 4 ABGB. Twierdzą więc, że sąsiad nabywa na ściętych gałęziach prawo własności i nie musi ich wydać właścicielowi drzewa.

Natomiast Winiwarter[12], Wróblewski[13], oraz orzeczenie Zb. XII, nr 4527 przyjmuje tezę, że ścięte gałęzie i korzenie winien właściciel gruntu, który skorzystał z uprawnienia udzielonego mu przez § 422 ABGB, wydać właścicielowi drzewa.

Zdaniem naszem co do gałęzi i korzeni należy przyjąć pierw-

---

[1] Orz. z 20. II. 1865, nr 1873 GZ. z 1895, nr 22 i orz. z 20. II. 1895, nr 15416.
[2] Orz. z 23. V. 1905, Zb. VIII, nr 3070.
[3] Orz. z 10. XII. 1909, Zb. XII, nr 4527.
[4] Orz. z 20. XII. 1892, Zb. nr 14627 i podobne orz. z 20. V. 1875, Zb. nr 5729.
[5] Ger. Halle ex 1860, nr 47 i orz. z 21. VII. 1858, Zb. nr 600.
[6] Orz. Zb. XII, nr 4528.
[7] Orz. z 28. X. 1869, Zb. nr 3549.
[8] Orz. z 17. I. 1901, Zb. IV, nr 1262.
[9] Orz. z 17. X. 1878, Zb. nr 7180.
[10] l. c., Bd. I, str. 536.
[11] l. c., Bd. I, zweite Hälfte, str. 149.
[12] Bürgerliches Recht, t. II, str. 194.
[13] Powszechny austr. kodeks cywilny, Kraków 1914, t. I, str. 341.

szy pogląd, iż właściciel gruntu, na który zachodzą gałęzie i korzenie nabywa je przez ścięcie na własność, gdyż tak postanawiało germańskie prawo zwyczajowe [1], skąd zaczerpnął instytucję tę kodeks austrjacki (Überhangsrecht). Natomiast błędnem jest powołanie się na §§ 297 i 475, l. 4 ABGB co do gałęzi, gdyż aż do ścięcia, gałęzie i korzenie stanowią własność właściciela drzewa. Wynika to odnośnie do korzeni z okoliczności, że kodeks austrjacki zamieszcza specjalny przepis § 422 ABGB, w rozdziale o nabyciu własności przez przyrost, prócz ogólnych postanowień §§ 404 i 405 ABGB, widać więc korzenie te pozostają własnością właściciela drzewa mimo to, iż wrastają w grunt sąsiada a przechodzą na jego własność dopiero z chwilą ścięcia [2].

Nie można przeciw przyjętemu tu zdaniu wytaczać argumentu tej treści, iż właściciel gruntu nie nabywa przez ścięcie gałęzi na własność, bo kodeks mówi: »może obcinać albo ich inaczej używać«, gdyż mamy tu dwa uprawnienia: 1) ściąć i nabyć tem samem na własność, albo 2) znosić ich zwieszanie się i używać ich »inaczej«, np. do wieszania bielizny lub zrywać owoce [3].

W pierwszym wypadku zachodzi przypadek wywłaszczenia prywatnoprawnego, dokonanego przez właściciela gruntu na właścicielu drzewa przez jednostronną czynność pierwszego, do której z ustawy ma uprawnienie [4] i równocześnie ograniczenie prawa własności właściciela gruntu, gdyż pozostaje mu tylko uprawnienie do aktu samopomocy, t. j. do ścięcia własnym kosztem a brak mu roszczenia i skargi negatoryjnej wobec właściciela drzewa o usunięcie gałęzi i roszczenia o odszkodowanie za wyrządzoną przez gałęzie szkodę względnie o zabezpieczenie przed grożącą szkodą [5]. W drugim zaś wypadku zachodzi ograniczenie prawa własności właściciela drzewa typu pati (obowiązek znoszenia używania gałęzi przez właściciela sąsiedniego gruntu) i równoczesne ograniczenie prawa własności tegoż właściciela gruntu, gdyż brak mu roszczenia i skargi negatoryjnej wobec właściciela drzewa, a pozostaje tylko uprawnienie ścięcia gałęzi.

---

[1] Gierke, D. Priv. Recht II, 431, uw. 52.

[2] Odmiennie Fr. Zoll, Prawo cywilne, t. II. Prawa rzeczowe, nr 5, str. 6/7.

[3] Orz. z 21. VII. 1858, Zb. nr 600 i dr A. Kozubski, Przyczynek do wykładni, § 422 u. c. Przegl. Sąd. III, nr 3, str. 30/1.

[4] Randa, Eig. str. 100, uw. 16.

[5] Orz. z 28. X. 1869, Zb. nr 3549.

W pierwotnem brzmieniu kodeks Napoleona zawiera w tej materji:

Art. 672 C. c., ust. 2 i 3. »Ten, na czyją własność zachodzą gałęzie drzew sąsiada, może wymagać aby je sąsiad obciął. Jeżeli wychodzą korzenie na jego dziedzictwo sam wyciąć je może«.

Nowela francuska z 20. VIII. 1881 przeniosła te przepisy do nowego art. 673 C. c. i uzupełniła je postanowieniem, iż owoce spadłe w sposób naturalny z przewieszających się przez granicę gałęzi należą do właściciela gruntu, na który spadły i że prawo ścięcia korzeni i żądania ścięcia gałęzi nie ulega przedawnieniu, a ostatnio ustawa z 12. II. 1921, rozciągnęła przepis o gałęziach drzew, na gałęzie krzaków i roślin, a przepis o korzeniach na kolce i pnące się po ziemi gałązki. Dodano nadto, rozumiejący się sam przez się, przepis, iż wycinając korzenie, kolce czy pnące się gałązki wolno je ściąć, aż do linji granicznej.

W b. Kongresówce obowiązuje tylko dawne brzmienie art. 672 C. c., zdanie 2, powyżej przytoczone.

Dlatego też musimy przyjąć, że na terenie byłego Królestwa owoce spadłe naturalnie na grunt sąsiedniego właściciela z mych gałęzi, pozostają mą własnością, lecz sąsiad może wzbronić mi dostępu na swój grunt i wówczas muszę go skarżyć o wydanie ich. Nie można bowiem rozszerzająco wykładać art. 564 C. c., gdyż ten dotyczy tylko zwierząt[1] a owoc spadły z mych gałęzi na cudzy grunt nie jest przyrostem (»przybyciem«) tego gruntu wedle art. 551 C. c., gdyż ani się nie przyłącza ani nie wciela do gruntu tego.

Natomiast, również i bez wyraźnego postanowienia noweli, musi się uznać na podstawie art. 2232 C. c., iż roszczenie właściciela gruntu o ścięcie gałęzi przez właściciela drzewa i uprawnienie do wycięcia samemu korzeni nie ulega przedawnieniu.

Przepis o gałęziach nie stanowi ograniczenia prawa własności, lecz expressis verbis przyznane właścicielowi gruntu, na który gałęzie się zwieszają, roszczenie negatoryjne o usunięcie gałęzi wkraczających w sferę jego własności. Natomiast postanowienie o korzeniach jest udzielonem właścicielowi gruntu uprawnieniem dokonania w drodze samopomocy wywłaszczenia prywatnoprawnego właściciela drzewa (a to jednostronnym aktem) z własności korzeni wrastających w grunt sąsiedni, oraz ograniczeniem prawa własności

---

[1] Por. Konic, l. c., str. 502.

właściciela gruntu, gdyż brak mu roszczenia o usunięcie korzeni wobec właściciela drzewa.

W niemieckim kodeksie cywilnym regulują tę kwestję §§ 910 i 911 BGB.

§ 910 BGB. »Właściciel nieruchomości może obciąć i zachować korzenie drzewa lub krzewu, które wtargnęły z sąsiedniej nieruchomości. To samo stosuje się do przewieszających się gałęzi, jeżeli właściciel wyznaczył posiadaczowi sąsiedniej nieruchomości odpowiedni czasokres do usunięcia i usunięcie nie nastąpiło w ciągu tego czasokresu.

Właścicielowi nie przysługuje to prawo, jeśli korzenie lub gałęzie nie uszczuplają używania nieruchomości«.

§ 911 BGB. »Owoce spadłe z drzewa lub krzewu na nieruchomość sąsiednią uchodzą za owoce tej nieruchomości. Przepisu tego nie stosuje się, gdy sąsiednia nieruchomość służy do publicznego użytku«.

Co do wrastających w grunt korzeni nie znajdujemy tu innego odchylenia od prawa austrjackiego i francuskiego prócz uwarunkowania uprawnienia ścięcia ich okolicznością, by korzenie te uszczuplały używanie gruntu, w który wrastają. Ten sam warunek odnosi się do przewieszających się gałęzi. W prawie austrjackiem i francuskiem wymogu tego niema.

Dlatego też wedle kodeksu niemieckiego mamy obowiązek właściciela gruntu, na który zachodzą korzenie czy gałęzie, — znoszenia ich tak długo, dopóki nie przeszkadzają w normalnem używaniu go.

Odnośnie zaś do przewieszających się gałęzi, wprowadza kodeks niemiecki (prócz warunku ich szkodliwości) czasokres do usunięcia ich, który musi wyznaczyć właściciel gruntu właścicielowi drzewa i dopiero po bezskutecznym jego upływie może sam ściąć gałęzie i zachować je na własność.

Uprawnienie właściciela gruntu do ścięcia korzeni i gałęzi i nabycia w ten sposób na nich własności jest treścią jego prawa własności a nie samodzielnem uprawnieniem[1].

Właściciel gruntu prócz tego uprawnienia nie ma innych środków ochrony przeciw gałęziom i korzeniom a w szczególności brak mu roszczenia negatoryjnego o usunięcie ich przez właści-

---

[1] Wolff, l. c., str. 161.

ciela drzewa z § 1004 BGB.[1]. Natomiast również i właściciel drzewa nie ma roszczenia o odszkodowanie przeciw właścicielowi sąsiedniego gruntu, jeśli skutkiem obcięcia korzeni lub gałęzi drzewo mu uschnie[2].

Gdy pień się przechyla na sąsiedni grunt, wówczas § 910 BGB nie ma zastosowania, lecz zwykłe roszczenie negatoryjne o usunięcie z § 1004 BGB.

Jak długo owoce są na gałęziach przewieszających się, stanowią własność właściciela drzewa, który może je zrywać stojąc na swym gruncie. Natomiast z chwilą, gdy same przez się (jako dojrzałe lub zwiane wiatrem) spadną na grunt sąsiedni stają się własnością osoby posiadającej prawo do owoców z niego w myśl §§ 953 i nast. BGB, a więc właściciela, użytkowcy, posiadacza w dobrej wierze lub dzierżawcy, mającego posiadanie rzeczy[3].

Ustanowiona w § 911 BGB fikcja prawna (»uchodzą za«), stanowi przesunięcie prawa własności owoców z właściciela drzewa na właściciela gruntu, gdyż w myśl §§ 953 i 955 BGB, właściciel nabywa własność na owocach z chwilą ich odłączenia (separatio). Tu jednak owoce z chwilą upadku na grunt sąsiada, przechodzą z własności właściciela drzewa na własność sąsiada. Jest to więc również wywłaszczenie prywatnoprawne bezpośrednio z ustawy, a nie przez jednostronną czynność sąsiada, do której ustawa go uprawnia, jak to ma miejsce co do korzeni i gałęzi. Wypływa ono z myśli wyrażonej w germańskiem przysłowiu prawnem: »Wer den bösen Tropfen geniesst, geniesst auch den guten«, kto ponosi szkodę przez cień i większe opady z gałęzi, ma prawo do korzyści z nich spadającej.

Kodeks szwajcarski postanawia w art. 687 i 688 ZGB, p. t. Rośliny. a) Reguła.

Art. 687 ZGB. »Przewieszające się gałęzie i wdzierające się korzenie może sąsiad ściąć i sobie zachować, jeśli szkodzą jego własności i nie zostaną usunięte wskutek jego zażalenia (Beschwerde) w ciągu odpowiedniego czasokresu.

Właściciel gruntu, który znosi przewieszanie się gałęzi na

---

[1] Staudinger-Kober, Kommentar, 3 do § 910 i Folkmann-Mugdan, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE) 2, 141, a błędnie Wolff, l. c., str. 162.

[2] OLGE 39, 215.

[3] Wolff, l. c. § 54, II, str. 162.

gruncie uprawnym lub zabudowanym ma prawo do owoców rosnących na nich (Anries).

Przepisy te nie stosują się do gruntów leśnych sąsiadujących ze sobą«.

b) Przepisy kantonalne.

Art. 688. Kantony są uprawnione przepisywać oznaczone odstępy od gruntu sąsiedniego dla zasiewania roślin stosownie do rodzaju gruntu i roślin albo zobowiązać właściciela gruntu do dozwolenia przewieszania się gałęzi lub wrastania korzeni drzew owocowych i regulować dla tych wypadków prawo zwane »Anries««.

Powyższe przepisy uzależniają uprawnienie ścięcia i przywłaszczenia korzeni i gałęzi zarówno od tego, by 1) przynosiły właścicielowi gruntu na który zachodzą znaczną [1] szkodę, jak i 2) by tenże bezskutecznie wezwał właściciela ich o usunięcie w stosownym czasokresie. Nadto kodeks szwajcarski zna uprawnienie właściciela gruntu uprawnego lub zabudowanego, nad którym zwieszają się cudze gałęzie do przywłaszczania owoców na tych gałęziach rosnących jak i spadłych z nich. Uprawnienie to zwane »Anries«, nie zależy od powyższych dwóch warunków a stanowi wywłaszczenie prawa użytkowania gałęzi przewieszających się przez granicę w formie udzielonego z ustawy uprawnienia-roszczenia właścicielowi gruntu uprawnego lub zabudowanego, na który gałęzie te zachodzą. Jeśli grunt jest drogą prywatną, czy stawem prywatnym lub dobrem publicznem (droga, most, rzeka, jezioro) i zwieszają się nań gałęzie drzewa wyrastającego na sąsiednim gruncie, wówczas niema uprawnienia zwanego »Anries« i właściciel drzewa może spadłe owoce zbierać a rosnące zrywać.

Rozdział II. Wywłaszczenie prywatnoprawne na żądanie wywłaszczonego.

Tak należy nazwać niesamodzielne uprawnienia-roszczenia z ustawy wprowadzające przymus nabycia własności gruntu przez sąsiada na żądanie właściciela tegoż. Spotykamy je w związku z instytucjami drogi koniecznej i budowli przekraczającej granicę (Überbau).

Wspomniane już §§ 418 i 419 ABGB regulują budowanie

[1] Leemann, l. c., str. 237/8.

na cudzym gruncie i zawierają wywłaszczenie prywatnoprawne z ustawy a nie na żądanie wywłaszczonego.

§ 418. »Naodwrót, jeżeli kto budował z własnego materjału na obcym gruncie bez wiedzy i woli właściciela budynek przypada właścicielowi gruntu. Budujący w dobrej wierze może żądać zwrotu koniecznych i pożytecznych kosztów, zaś budującego w złej wierze, uważa się za sprawującego interesy bez zlecenia. Jeżeli właściciel gruntu wiedział o prowadzeniu budowy i nie zakazał jej zaraz budującemu w dobrej wierze, może domagać się tylko zwykłej wartości gruntu«.

§ 419. »Jeżeli budynek powstał na cudzym gruncie z cudzego materjału, w takim razie własność jego również przypada właścicielowi gruntu. Między właścicielem gruntu a budującym powstają takie same prawa i obowiązki jak w poprzednim paragrafie, a budujący musi według jakości zamiaru swego rzetelnego lub nierzetelnego zwrócić poprzedniemu właścicielowi materjałów wartość zwyczajną albo najwyższą«.

Przepisy te stosują się również do części budynku znajdującego się na obcym gruncie [1]. oraz do wbudowania przewodu elektrycznego [2]. Pomińmy kwestję własności materjału budowlanego obojętną dla nas i ograniczmy się do sprawy własności budynku względnie jego części. Jeśli właściciel gruntu zabudowanego nie wiedział o budowie, wówczas nabywa własność budynku wedle reguły superficies solo cedit. Jeżeli jednak właściciel gruntu wiedział o budowie (dowód tej okoliczności ciąży na budującym [3]) i nie zakazał jej zaraz budującemu a ten był w dobrej wierze, t. j. uważał grunt budowlany za swój lub mógł przypuszczać, że właściciel się zgadza [4] — wówczas własność gruntu zabudowanego przypada budującemu za zapłatą zwyczajnej wartości gruntu.

Sporną jest w prawie austrjackiem kwestja, czy budujący nabywa nieruchomość objętą księgą gruntową przez sam fakt zabudowania, czy też dopiero przez wpis swego prawa własności do księgi gruntowej a przez zabudowania tylko tytuł i osobiste roszczenie wobec właściciela o odstąpienie własności za zwyczajną

---

[1] Orz. z 4. VI. 1913, Zb. XVI, nr 6472.
[2] Orz. z 26. III. 1914. ZBl. 1914, nr 289.
[3] Orz. z 21. XII. 1876, Zb. nr 6328.
[4] Orz. z 9. V. 1894, Zb. nr 15116.

wartość. Za tym ostatnim poglądem oświadczyli się: Ehrenzweig [1], Buckhard [2], Demelius [3], Adler [4], Jaworski [5], a za pierwszą tezą Randa [6], Stubenrauch [7], Strohal [8] i orz. Zb. V, nr 1728. Naszem zdaniem słuszność jest po stronie Randy jeszcze i z tego względu, że przepis odnośny znajduje się w rozdziale: »O nabyciu własności przez przyrost«. Tak więc wedle prawa austrjackiego, część budynku przekraczająca granicę, przechodzi z ustawy na własność budującego sąsiada, jeśli spełnią się wszystkie 4 wymagane przez ustawę warunki: 1) budynek postawiono w całości lub części na cudzym gruncie, 2) właściciel gruntu o budowie wiedział, 3) nie zakazał jej zaraz budującemu i 4) budujący był w dobrej wierze (por. ważką glossę prof. dra Gołąba do orz. SN z 18. X. 1922, Rw 693/22 OSP, t. IV, 1925, nr 57). Budującemu w złej wierze, może właściciel w myśl § 1040 ABGB polecić zburzenie części budynku przekraczającego granicę.

Przepis § 7 ustawy austr. o drogach koniecznych z 7. VI. 1896, nr 140 Dz. p. p., w brzmieniu ust. z 9. I. 1913, Dz. p. p. nr 7 postanawia:

§ 7. »Jeśli chodzi o urządzenie bitej drogi, właściciel obciążyć się mającego gruntu jest uprawniony domagać się, by właściciel potrzebujący drogi przejął na własność grunt potrzebny pod drogę konieczną. W tym wypadku należy uwzględnić przy oznaczeniu ceny nabycia (Einlösungspreis) nietylko wartość gruntu, który ma być odstąpiony, lecz również zmniejszenie wartości, któremu ulega pozostająca danemu właścicielowi część jego posiadłości gruntowej, a w szczególności też ewentualne utrudnienia w zagospodarowaniu reszty posiadłości gruntowych wywołane odstąpieniem (gruntu pod drogę konieczną«.

Ustawa udziela tu właścicielowi gruntu, który ma być obciążony drogą konieczną w formie wybudowanej na nim drogi bitej, uprawnienia-roszczenia wobec właściciela gruntu potrzebującego drogi, by nabył na własność kawał gruntu potrzebny pod tę drogę.

---

[1] l. c. Bd. I, 4. Aufl. 1905, § 237, str. 686.
[2] III, str. 394.
[3] Str. 33.
[4] Publ. Prinz., str. 68.
[5] Ustawy o księgach publicznych, 1897, t. I, str. 25
[6] G. Z. 1867, nr 101, Eig. § 17, uw. 11, G. Z. 1876, nr 94.
[7] VIII. Aufl., str. 520.
[8] Wiener-Zeitschrift III, str. 594.

Roszczenie to powstaje dopiero z chwilą postawienia, przez właściciela gruntu potrzebującego drogi, wniosku o przyznanie mu drogi koniecznej w sądzie właściwym wedle § 9 cyt. ustawy. Jeśli roszczenie to podniesiono, wówczas właściciel sąsiedni domagający się drogi koniecznej musi albo nabyć grunt potrzebny pod drogę bitą na własność za kwotę, którą sąd wedle wskazówek § 7 pow. ust. ustali albo zadowolić się zwykłą służebnością ścieżki, przegonu czy przejazdu jako drogą konieczną.

Również w ustawie wodnej polskiej z 19. IX. 1922, Dz. U. Rp. nr 102, poz. 936, znajduje się przepis art. 53 udzielający właścicielom gruntów, zagrożonych przez zamierzone użytkowanie wody płynącej na podstawie pozwolenia władzy (art. 45), tak dalece idącem uszkodzeniem, że nie mogłyby być celowo użytkowane stosownie do ich dotychczasowego przeznaczenia - roszczenia, aby przedsiębiorca nabył grunty te »za wynagrodzeniem«. Przepis ten nazywa ustawa »wykupnem gruntów narażonych na uszkodzenia«. Mimo to zdaniem naszem »wynagrodzenie« ustala władza wodna i samo roszczenie wobec niej w toku postępowania administracyjnego o pozwolenie wodne podnieść należy. Przepis ten jednak jest prywatnoprawnym, gdyż sankcja, którą tu będzie odmowa udzielenia pozwolenia dla przedsiębiorcy, nastąpi na wniosek właściciela domagającego się odkupienia od niego gruntu.

Art. 53 ust. wodnej w ustępie 2 postanawia, że jeśli w przyszłości odstąpiony kawałek gruntu stanie się zbędnym dla celów przedsiębiorstwa i ma być sprzedany, właściciel gruntu, z którego go wydzielono, korzysta z »ustawowego prawa pierwokupu«.

W b. dzielnicy austrjackiej należy stosować §§ 1072—1079 ABGB o umownem prawie pierwokupu, w b. Kongresówce ogólne przepisy o zobowiązaniach[1], a w b. dzielnicy pruskiej §§ 1094—1104 i 504—514 BGB.

W prawie francuskiem obowiązującem w b. Kongresówce nie znajdujemy podobnego przepisu, natomiast kodeks niemiecki przewiduje je w § 915 BGB.

§ 915. »Uprawniony do pobierania renty może się każdej chwili domagać, by zobowiązany do płacenia renty za równoczesnem przeniesieniem własności zabudowanej części gruntu, zwrócił mu wartość, którą część zabudowana miała w chwili przekroczenia

[1] Konic, Prawo o zobowiązaniach, cz. I, 1930, str. 256/7.

granicy. Jeśli skorzysta z tego uprawnienia, wówczas prawa i obowiązki obu stron określa się wedle przepisów o kupnie. Za czas aż do przeniesienia własności należy rentę płacić dalej«.

Przepis ten łączy się z obowiązkiem ustawowym znoszenia zabudowania przekraczającego granicę i jest od niego uzależniony (unselbständiges Gestaltungsrecht [1]).

Jeśli właściciel gruntu zabudowanego wystąpił z roszczeniem o odebranie mu własności zabudowanego przez sąsiada kawałka gruntu za zwrotem wartości tegoż z czasu przekroczenia granicy, a wystąpić z tem może każdej chwili, wówczas właściciel budynku musi grunt ten objąć i wartość zapłacić (§ 433 BGB), gdyż z chwilą podniesienia tego roszczenia każe § 915 stosować do obu stron przepisy o prawach i zobowiązaniach wynikających z kupna, t. j. §§ 433—493 BGB.

Szwajcarskie prawo cywilne omawia analogiczny wypadek w art. 674 ZGB ust. 3.: Jeśli budowa przekraczająca granicę jest nieuprawniona a naruszony nie sprzeciwia się na czasie, chociaż budowa stała się dla niego dostrzegalną (erkennbar), można prowadzącemu budowę (dem Überbauenden), jeśli jest w dobrej wierze, przyznać za stosownem odszkodowaniem prawo rzeczowe do budowy poza granicę (das dingliche Recht auf den Überbau) albo własność gruntu wówczas, gdy okoliczności to usprawiedliwiają«.

Tak więc ustawa pozostawia sędziemu możność odebrania dotychczasowemu właścicielowi skrawka gruntu zabudowanego przez sąsiada i przyznania go właścicielowi budynku, »gdy okoliczności to usprawiedliwiają«. Nie mówi zaś zupełnie komu o to przysługuje roszczenie, czy budującemu poza granicę w dobrej wierze, czy właścicielowi, który przez przemilczenie utracił roszczenie negatoryjne o usunięcie budowy, o ile przekracza granicę, czy też odstęp ustawowy od tejże (art. 685, ust. 2 ZGB). Ponieważ zaś właścicielowi zabudowanego gruntu może często zależeć na tem, by otrzymać wartość tegoż w kapitale, przeto musimy przyjąć, że nietylko budujący, lecz i właściciel zabudowanego gruntu może domagać się, by budujący przejął na własność skrawek przezeń zabudowany. Sama decyzja zależy jednak od swobodnej decyzji sędziego.

Dla przewodów przewiduje art. 692, ust 2 ZGB, wyraźne formalne roszczenie właściciela gruntu obciążonego przewodami.

---

[1] Wolff, l. c., str. 167.

»Gdzie nadzwyczajne okoliczności to usprawiedliwiają, może (właściciel gruntu obciążonego) w wypadku przewodów nadziemnych żądać, by mu odjęto za pełnem odszkodowaniem w stosownym rozmiarze kawałek gruntu, ponad którym przewody te mają być przeprowadzone«.

Czy rzeczywiście »nadzwyczajne okoliczności usprawiedliwiają« żądanie odjęcia własności, ocenia sąd. Roszczenie to powstaje tylko odnośnie do przewodów nadziemnych, a może objąć również cały grunt, jeśli używanie reszty gruntu, nie zajętej pod przewody, jest przez nie bardzo utrudnione lub zgoła uniemożliwione [1].

Własność przechodzi na właściciela przewodów przez wpis.

Rozdział III. Prawo zbierania jagód, kwiatów, grzybów i t. p.

Wspomnieć trzeba w kilku słowach o zwyczajowem prawie uprawniającem każdego do przywłaszczania sobie na cudzym gruncie jagód (poziomek, borówek, malin) dziko rosnących, takichże grzybów, kwiatów, szyszek, liści i t. p. Wykracza to wprawdzie poza prawo sąsiedzkie w naszem rozumieniu, lecz faktycznie korzystają z tego przedewszystkiem sąsiedzi.

Poczucie prawne potoczne uważa takie dziko rosnące owoce i t. p. za rzecz bezpańską [2], prawnik jednak musi w tem widzieć wywłaszczenie prywatnoprawne na podstawie prawa zwyczajowego, choć w myśl zasady minima non curat praetor, przechodzi nad niem do porządku. Jednak i prawo pisane zajęło się ostatnio tą sprawą.

I tak art. 699 kodeksu szwajcarskiego stanowi:

Art. 699 ZGB, ust. 1. »Wstęp do lasu i na pastwisko, oraz przywłaszczanie dziko rosnących jagód, grzybów i t. p., są dozwolone każdemu w rozmiarze zwyczajnem w danem miejscu (im ortsüblichen Umfange) o ile władza właściwa nie wyda w interesie kultur, pewnych ściśle ograniczonych zakazów«.

Jest rzeczą charakterystyczną, że komentator kodeksu cywilnego szwajcarskiego [3] uważa, iż wolno zbierać i przywłaszczać również i suche drzewo oraz chrust a nie zioła lecznicze i sza-

---

[1] Leemann, l. c., str. 252.
[2] Cosack, l. c., str. 162, Leemann, l. c., str. 170.
[3] Leemann, str. 170.

rotki. Widać w Szwajcarji nie dochodzi do nadużyć przy zbieraniu suchego drzewa w lasach.

Dział IX.

Rozdział I. Wpis hipoteczny praw i obowiązków wynikających z prawa sąsiedzkiego.

Prawo sąsiedzkie normuje stosunki własności na nieruchomościach. Trzeba więc odpowiedzieć na pytanie, jak się przedstawia sprawa wpisu obowiązków i praw, wynikających z postanowień prawa sąsiedzkiego. Instytucję ksiąg gruntowych znają zarówno Małopolska (b. zabór austrjacki) jak i Wielkopolska (b. zabór pruski) i b. Kongresówka.

Jeśli wziąć pod uwagę prawo austrjackie to »prawa podmiotowe« w wypadkach unormowanych przepisami typu non facere i pati są podobne do praw wynikających ze służebności, nie tworzą jednak służebności, gdyż wynikają wprost z ustawy, niezależnie od umowy lub innej czynności prawnej. W wypadkach przepisów facere »prawo« sąsiada jest podobne do prawa pochodzącego z ciężaru realnego, nie jest jednak takiem prawem, gdyż zobowiązanie sąsiada pochodzi wprost z ustawy. Dlatego też prawa te nie nadają się do wpisania ich do ksiąg gruntowych, nie wymienia ich bowiem § 9 ust. hipotecznej. Wpis tych praw wogóle jest niedopuszczalny [1]. Rozmiary współwłasności ścian granicznych można uwidocznić w księdze gruntowej [2], chociaż współwłasność nie powstaje w wypadkach ustanowienia jej przez prawo sąsiedzkie przez wpis do ksiąg gruntowych, lecz wprost z ustawy.

Jedynie w dwóch wypadkach wpis jest dopuszczalny:

1) Prawo własności nabyte wywłaszczeniem prywatnoprawnem z §§ 418 i 419 ABGB, można oczywiście wpisać do księgi gruntowej na rzecz budującego w dobrej wierze, chociaż jak to uzasadniliśmy wyżej (str. 208/9), nabycie własności następuje nie przez wpis jak twierdzi Jaworski [3], lecz z ustawy z chwilą spełnienia się wszystkich 4 warunków a mianowicie, że: 1) zabudowano cudzy

---

[1] Por. w podobnym wypadku OSP z 3. I. 1922, Rw. 976/21, PPA 225/22.

[2] Orz. z 5. XI. 1907, Zb. X, nr 3956.

[3] Ustawy o księgach publ. 1897, t. I, str. 25.

grunt, 2) właściciel o tem wiedział, 3) a nie zakazał budowy i 4) budujący był w dobrej wierze [1].

2) Wpis drogi koniecznej, a więc przyznanej służebności ścieżki, przegonu lub przejazdu (§ 3 ust. o drogach koniecznych z 7. VII. 1896, Dz. p. p. nr 140), winien zarządzić sąd, który wydał uchwałę przyznającą drogę konieczną, a to z urzędu z upływem 4-ch tygodni po uprawomocnieniu się tej uchwały (§ 17 pow. ustawy). Lecz zdaniem mojem obowiązki, wynikające z prawomocnej uchwały, obciążają osobiście właściciela gruntu, przez który droga konieczna prowadzi, już od chwili uprawomocnienia się uchwały.

Oba te wypadki tłumaczą się tem, że powyższe przepisy bądź nie należą do prawa sąsiedzkiego, gdyż obejmują szerszy zakres wypadków (ad 1) §§ 418 i 419 ABGB), a w prawie sąsiedzkiem stosuje się je tylko przez analogję, bądź tem, że ustawa przyjmuje konstrukcję drogi koniecznej jako służebności ustanowionej przez orzeczenie sędziowskie (ad 2).

Kodeks Napoleoński, jak już podniesiono poprzednio, konstruuje prawa i obowiązki sąsiedzkie jako służebności wypływające z położenia miejsca (przepisy wodne art. 640—645 C. c., obowiązek rozgraniczenia gruntów art. 646 C. c. i prawo ogrodzenia gruntów art. 647 i 648 C. c.) bądź jako służebności ustanowione przez prawo (art. 649—685 C. c.).

Obowiązujące w b. Królestwie prawo o ustaleniu własności dóbr nieruchomych, o przywilejach i hipotekach z 14/26. IV. 1818 (Dz. Pr. V. 295) stanowi w art 6:

Art. 6. »Ścieśnienie własności dóbr nieruchomych (art. 43), szczególne ciężary wieczyste (art. 44), służebności gruntowe (art. 45), powinny być jawnemi przez wciągnięcie tytułu do ksiąg hipotecznych«.

Art. 45 tej ustawy wymaga wpisu tylko dla służebności pastwiska i wrębu, podczas gdy »inne służebności gruntowe, choć nie wpisane nie tracą swej mocy«. »Na przyszłość jednak powinno być zapisane w księgę hipoteczną każde umorzenie dotąd istniejących służebności lub ustanowienie nowych i tychże umorzenie, jakiegokolwiek rodzaju by te służebności były«.

Spytać więc trzeba czy postanowienie to odnosi się również

---

[1] Por. Randa, Das Eigentumsrecht I. Hälfte, 2 wyd. 1893, § 17.

do służebności wynikających z położenia miejsca i z rozporządzenia prawa, a więc do obchodzących nas praw i obowiązków sąsiedzkich.

Glass [1] odpowiada na pytanie to przecząco, podkreślając, że służebności te nie wymagają specjalnego »ustanowienia«. Mojem zdaniem wchodzi tu w rachubę art. 5, wymagający »wciągnięcia tytułu do ksiąg hipotecznych«. Tytułu w znaczeniu jurysprudencji francuskiej niema dla służebności naturalnych i legalnych wogóle, gdyż niema dokumentu pisanego, na którymby oprzeć się mógł dowód nabycia takiej służebności (tytuł w znaczeniu dokumentu), ani też niema czynności prawnej zdolnej do przeniesienia takiego prawa (tytuł w znaczeniu czynności prawnej). Tytułem jest tu sam przepis ustawy. Takiego ogólnego tytułu, który dla wszystkich nieruchomości jest jeden i ten sam, niema art. 5 polskiej ust. hip. na myśli.

Swoisty podział służebności, znany prawu francuskiemu, na ciągłe i przerywane (art. 689 C. c.) oraz widoczne i niewidoczne (art. 689 C. c.), ważny jeśli chodzi o przedawnienie nabywcze (art. 690 i 691 C. c.), można tutaj pominąć, gdyż na sprawę wpisu służebności naturalnych i legalnych nie wpływa. Można wprawdzie wpisać służebności prawa sąsiedzkiego w b. Królestwie do wykazu hipotecznego na wyraźne żądanie jednej ze stron interesowanych, nie ma to jednak żadnych skutków prawnych w dziedzinie ich nabycia, jest jednak podyktowane względami na pewność obrotu majątków nieruchomych. Dzieje się to często w praktyce co do muru wspólnego (art. 653 C. c.), jego nadbudowy (art. 658 C. c.), prawa światła (art. 676 C. c.), prawa przechodu (art. 682 C. c.) i t. p. [2]. Jedynie dla sprawy utraty tych służebności wpis hipoteczny ma znaczenie, gdyż w myśl art. 123 polskiej ust. hip. »prawa hipotekowane, dopóki nie zostały wykreślonemi z ksiąg hipotecznych, nie może być nawet początku przedawnienia«, innemi słowy, nie gasną mimo niewykonywania ich przez uprawnionego w ciągu 30 lat.

We Francji niema dotąd ksiąg gruntowych w naszem znaczeniu, a dopiero ustawa z 23. III. 1855 wprowadziła system »przymusowego wypisu« (transcription obligatoire) jednak przepisanie

---

[1] Jakób Glass, Zarys prawa hipotecznego w b. Królestwie Polskiem, Warszawa, 1922, str. 93/4.

[2] Glass, l. c., str. 94.

tytułu nabywczego w biurze konserwatora hipotek nie jest warunkiem nabycia własności czy innych praw, a zaniedbanie tej formalności naraża jedynie nowonabywcę na pewne niekorzyści względem osób trzecich mających prawa na danej nieruchomości (względna nieskuteczność czynności prawnej) [1]. Również wedle wspomnianej ustawy francuskiej jedynie służebności ustanowione przez tytuł inter vivos wymagają transkrypcji [2], zatem służebności naturalne i ustawowe nie są wymogiem tym objęte.

W ustawodawstwie niemieckiem prawa i obowiązki wynikające z przepisów prawa sąsiedzkiego stanowią »treść prawa własności«, a zatem nie wymagają specjalnego wpisu do ksiąg gruntowych [3]. Dotyczy to również tak zbliżonych do służebności instytucyj jak droga konieczna z § 917 BGB i prawo do budynku przekraczającego granicę (Überbau z § 912 BGB). Natomiast trzeba ustanowienia służebności formalnej i wpisu do ksiąg gruntowych dla umownej zmiany postanowień prawa sąsiedzkiego, gdyż wówczas zmienia się unormowaną ustawowo treść prawa własności (§ 1018 BGB).

Wedle systemu szwajcarskiego kodeksu cywilnego obowiązki sąsiedzkie stanowią »ograniczenia własności« (Beschränkungen des Grundeigentums). Art. 680 ZGB mówi o nich wyraźnie:

»Ustawowe ograniczenia własności istnieją bez wpisu do księgi gruntowej.

Ich zniesienie lub zmiana przez czynność prawną (Rechtsgeschäft) wymaga do ważności dokumentu publicznego i wpisu do księgi gruntowej.

Wykluczone jest zniesienie lub zmiana ograniczeń własności o charakterze publicznoprawnem.

Art. 696. Prawa drogowe oparte bezpośrednio na ustawie istnieją prawnie bez wpisu. Adnotuje się je jednak w księdze gruntowej, gdy są trwałe«.

Mowa tu tylko o ograniczeniach wynikających bezpośrednio z ustawy a nie o takich, gdzie ustawa udziela tylko sąsiadowi rzeczowego roszczenia o znoszenie określonego wkroczenia w cudzą własność, a obowiązek znoszenia powstaje dopiero z chwilą

---

[1] Planiol, l. c., t. I, nr 2615.
[2] Planiol, l. c., t. I, nr 2941.
[3] Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Sachenrecht 7/8, Aufl. 1912, str. 89.

podniesienia tego roszczenia. Są to takie instytucje jak prawo przewodów (art. 691—693 ZGB), droga konieczna (art. 694) i studnia konieczna z art. 710 ZGB. Te obowiązki i odpowiadające im roszczenia zbliżają się do służebności, bo 1) mogą (prawo przewodów art. 691, ust. 3 ZGB) lub muszą być wpisane (droga konieczna a contrario art. 696 ZGB), t. j. powstają przez wpis, 2) stosuje się do nich przepisy o służebnościach, t. j. art. 734 do 744 ZGB[1]. Mimo to nie są służebnościami co się przejawia w tem, iż nie posiadają żadnego stopnia hipotecznego wobec praw rzeczowych, ciążących na danej nieruchomości ani też niema między niemi żadnej kolizji. Prawa te (służebności i prawo zastawu) muszą ustąpić, gdyż samo prawo własności, na którem są oparte, jest ograniczone[2]. Nie można ustanowić ani zasiedzieć służebności, która treścią pokrywa się z ograniczeniami własności wypływającemi z prawa sąsiedzkiego i takiej zbędnej służebności nie można wpisać do księgi gruntowej[3].

Rozdział II. Zmiana i zniesienie obowiązków wynikających z prawa sąsiedzkiego.

Odróżnić należy zmianę postanowień prawa sąsiedzkiego dla pewnych gruntów a) drogą umowy tudzież b) w drodze zasiedzenia (przez zobowiązanego) wolności od obowiązku. Zmiana przez umowę wywrzeć może skutek bądź rzeczowy, bądź tylko obligacyjny.

W prawie austrjackiem umowne zniesienie obowiązków, wynikających z prawa sąsiedzkiego lub ich zmiana, skuteczna tylko inter partes — możliwe są każdego czasu bez zachowania specjalnej formy. Jeśli jednak umowa ma wywrzeć skutek »rzeczowy«, musi nastąpić w formie służebności przeciwnej i wymaga wpisu do ksiąg gruntowych na obu realnościach.

Służebnością przeciwną jest wobec obowiązku typu non facere służebność pati, t. j. gdy właściciel gruntu A, mający dotąd przeciw właścicielowi gruntu B roszczenie, by tenże B nie czynił czegoś, zobowiązuje się obecnie znosić czy tylko nie zakazywać (jak się zwykle mówi) właścicielowi gruntu B danych czynności. Odróżnienie to ma znaczenie tylko w stosunku do t. zw. oddzia-

1 Leemann, l. c., str. 212.
2 Leemann, l. c., str. 211.
3 Leemann, l. c., str. 397/8.

ływań pośrednich, gdyż mogę być wówczas zobowiązany do znoszenia skutków takich oddziaływań na mój grunt lub tylko pozbawiony skargi negatoryjnej o zaniechanie przyczyny oddziaływań, t. j. samego działania sąsiada, z którego skutki na mym gruncie wynikają. W dziale IV była już mowa o tem, że właściwa konstrukcja prawna tego rodzaju wypadków musi wyjść od ogólnego zakazu oddziaływania na cudzą własność a nie od t. zw. ius prohibendi.

Wobec roszczenia typu pati służebnością przeciwną jest służebność non facere. Jeśli dotąd właściciel gruntu A miał roszczenie wobec właściciela gruntu B, by tenże B znosił względnie nie zakazywał mu danych czynności, to obecnie zobowiązuje się właściciel A do zaniechania ich na przyszłość.

Jeśli chodzi o typ facere, wystarczy analogja za zrzeczeniem się świadczeń wynikających z ciężaru realnego, a więc umowa i wpis.

Gdy chodzi o współwłasność, zniesienie jej, jak wiemy, jest niedopuszczalne, a zmiany umowne należy wpisać, jeśli mają mieć skutek »rzeczowy«.

Można również zmienić przepisy o gałęziach i korzeniach, przekraczających granicę, przez ustanowienie służebności typu pati w ten sposób, że właściciel gruntu, na który gałęzie czy korzenie zachodzą, zobowiąże się je znosić. Wpis oczywiście konieczny, by wywołać skutek rzeczowy.

Podobnie rzecz się ma z zasiedzeniem prawa przeciwnego. Wobec roszczeń typu non facere można zasiedzieć ze swej strony roszczenie typu pati w myśl §§ 313, 1460—1465, 1470—1473, 1475 i 1477 ABGB. Nabycie takiego przeciwnego roszczenia przez zasiedzenie następuje bez wpisu (§ 1498 ABGB), lecz jest bezskuteczne wobec nabywcy nieruchomości w zaufaniu do ksiąg gruntowych (§ 1500 ABGB). Wobec innych osób należy je wpisać jako zasiedzianą służebność.

W stosunku do roszczeń o typie pati można zasiedzieć przeciwne im roszczenie o charakterze non facere, gdy spełnią się warunki §§ 313 i 351, 1460—1465, 1470—1473, 1475 i 1477 ABGB, t. j. gdy właściciel zakaże swemu sąsiadowi oddziaływań opartych na przepisach prawa sąsiedzkiego typu pati, a sąsiad temu zakazowi się podda, oraz gdy spełnią się dalsze warunki zasiedzenia, wyszczególnione w powołanych wyżej paragrafach. Z wpisem ma się rzecz taksamo.

Jeśli chodzi o roszczenie typu facere, to niema zasiedzenia wolności po stronie zobowiązanego, lecz tylko przedawnienie skargi uprawnionego o czem będzie mowa w następnym dziale.

Współwłasność z ustawy można uchylić przez zasiedzenie wyłącznej własności danego urządzenia granicznego lub drzewa wedle ogólnych zasad o zasiedzeniu prawa własności (§§ 1453—1455, 1460—1465, 1468, 1470, 1472, 1475, 1477 ABGB). Następnie można wyłączną tę własność nabytą przez zasiedzenie, adnotować w księdze gruntowej na karcie A (karta stanu posiadania).

Można również zasiedzieć roszczenie wobec właściciela gruntu, na który wkraczają gałęzie lub korzenie mego drzewa, by je znosił, a to w ten sam sposób co roszczenie przeciwne przepisom typu non facere, z tą różnicą, iż »czynem« jest tu samo przekraczanie granicy przez gałęzie lub korzenie. Nadto trzeba oczywiście, by właściciel drzewa zakazał sąsiedniemu właścicielowi gruntu ścinania gałęzi lub korzeni a sąsiad ten poddał się temu zakazowi.

Kodeks francuski konstruuje obowiązki i uprawnienia, wynikające z przepisów sąsiedzkich, jako służebności. Jest przeto rzeczą jasną, że można w drodze umowy zmienić te postanowienia ustawowe dla konkretnych gruntów w ten sposób, że uprawniony zrzeka się przysługującej mu służebności wobec obciążonego nią i akt ten wpisuje się do wykazu hipotecznego, by wywołał skutki rzeczowe.

Zachodziłaby jedynie kwestja czy przepisy art. 640 C. c. (obowiązek przyjmowania odpływu wody opadowej z gruntu wyższego), art. 646 C. c. (obowiązek rozgraniczenia) i art. 663 C. c. (obowiązek ogrodzenia w miastach i przedmieściach, clôture forcée) są iuris cogentis jak chce Konic [1], i skutkiem tego umową stron zmienione być nie mogą.

Już wyżej (str. 166) zaznaczono, że wobec wejścia w życie polskiej ustawy wodnej, która normuje (chociażby identycznie) tę samą materję, zmiana obowiązków wypływających z art. 640 C. c. drogą umowy stron wymaga zatwierdzenia władzy wodnej. Umowę sąsiadów nierozgraniczania swych stykających się posiadłości wbrew obowiązkowi z art. 646 C. c., należy oceniać wedle analogji art. 815 C. c. Jeśli więc umowa opiewa na czas nieograniczony, to jest

---

[1] l. c., str. 482.

bezskuteczna, a jeśli przewidziano czas, w ciągu którego ma obowiązywać, to wiąże najdalej lat pięć, lecz można ją ponowić.

To samo stosuje się do umowy nieogradzania gruntów stron wbrew art. 663 C. c. Zdanie Konica [1], iż przepis ten ma na względzie dobro publiczne i dlatego stanowi ius cogens, jest wobec jasnego brzmienia art. 649 i 650 C. c. błędne. Artykuły te wymieniają służebności ustanowione dla dobra publicznego i gminnego jednak służebności ogradzania gruntów do nich nie zaliczają.

Przechodząc do zmiany lub zniesienia przepisów prawa sąsiedzkiego drogą zasiedzenia, przypomnieć należy, że prawo francuskie dzieli służebności w art. 688 C. c. na ciągłe, t. j. takie, do których wykonywania nie trzeba za każdym razem czynności człowieka, i przerywane, dla których wykonywania potrzebny jest za każdym razem czyn ludzki, quae facto hominis exercentur [2]. Do ciągłych należy np. służebność przepływu wody, ścieku i t. p. Prawnicy francuscy zaliczają tu również i służebność widoku, gdyż »licet non exerceatur semper, tamen apta est exerceri sine facto hominis [3]. Art. 689 C. c. dzieli służebności nadto na widoczne i niewidoczne. Służebnościami widocznemi są te, które się przejawiają urządzeniami zewnętrznemi takiemi jak drzwi, okno, wodociąg. Niewidoczne urządzeń takich nie mają.

Otóż zasiedzieć można tylko służebności ciągłe i zarazem widoczne, a to z upływem 30 lat (art. 690 C. c.) [4]. Inne, a więc przerywane widoczne oraz niewidoczne ciągłe czy też przerywane — nabyć można tylko przez tytuł (art. 691 C. c.). Ponieważ do zmiany służebności sąsiedzkich trzeba zasiedzieć służebność przeciwną ustawowej, więc możliwość ta istnieje tylko wówczas, gdy ta służebność przeciwna jest ciągłą i zarazem widoczną.

Służebnością taką nie będzie nigdy służebność non facere (przeciwna wobec pati), gdyż zawarty w niej zakaz non facere jest niewidoczny; natomiast służebność pati (przeciwna non facere) może być ciągłą i widoczną.

Ktoś np. zasadził drzewo wyniosłe bliżej granicy niż na to

---

[1] l. c., str. 483.

[2] D'Argentré do art. 271 Cout de Bretagne nr 12.

[3] Cepolla (XV w.) u Planiola, l. c., t. I, nr 2896.

[4] Cass. 1834, D. 35, 2, l. S. 35, 2, 134. Aubry i Rau § 251, Demolombe, t. XII, nr 781, Laurent, t. VIII, nr 194, Huc, t. IV, nr 420, Besançon 12. XII. 1906, S. 1907, 2, 298. Przeciwnie Planiol, t. I, nr 2952/3 za możnością zasiedzenia 10 lub 20-letniego.

pozwala art. 671 C. c. Po 30 latach zasiedzi prawo utrzymania tego konkretnego drzewa w niedozwolonej ustawą odległości od granicy. Drugi przykład: wybiłem w mej ścianie położonej na samej granicy okno na parterze bliżej podłogi, niż na to zezwala art. 677 C. c. I tu również po 30 latach zasiedzę odnośne prawo. Oczywiście warunkiem dalszym w obu tych wypadkach jest, że posiadanie me nie było prekaryjne (art. 2232 C. c) i że spełniły się wszystkie inne warunki przedawnienia nabywczego (art. 2219—2264 C c.). Można również na zasadach ogólnych zasiedzeć wyłączną własność muru, płotu czy rowu wspólnego.

Co się zaś tyczy gałęzi i korzeni przekraczających granicę, nie można zasiedzieć przeciwnego ustawie prawa tej treści, że sąsiad-właściciel gruntu będzie je znosił, gdyż samo przewieszanie się gałęzi i wrastanie korzeni nie może uchodzić za widoczne nazewnątrz urządzenie takiej służebności przeciwnej, gdyż właśnie ustawa je przewiduje jako przesłankę uprawnienia właściciela gruntu, by korzenie sam wyciął, a żądał wycięcia gałęzi.

W ustawodawstwie niemieckiem prawa i obowiązki wypływające z prawa sąsiedzkiego są treścią prawa własności. By je zmienić umownie, muszą strony ustanowić i wpisać służebność o treści przeciwnej na gruncie, któremu dany przepis udziela roszczenia. Jedynie co do postanowienia § 919 BGB o obowiązku współdziałania w oznaczeniu granicy, istnieje spór w niemieckiej nauce prawa, o to mianowicie, czy można ze skutkiem rzeczowym zrzec się tego roszczenia wedle § 1018 BGB. Wolff[1] uważa taką umowę za przeciwną dobrym obyczajom (inhaltlich anstössig) a więc nieważną. Zdaniem mojem nie da się przytoczyć poważnych argumentów za tym poglądem. Toteż słuszne jest przeciwne twierdzenie O. Gierkego[2], iż zrzeczenie takie w formie służebności jest dopuszczalne.

Natomiast wobec ściśle przeprowadzonej zasady wpisu, żadnych służebności gruntowych zasiedzieć nie można, a więc nie można też zasiedzieć służebności przeciwnych przepisom prawa sąsiedzkiego.

Znamy już przepis prawa szwajcarskiego zawarty w art. 680 ZGB. »Ustawowe ograniczenia własności istnieją bez wpisu do księgi gruntowej.

[1] l. c., str. 172.
[2] D. Priv. Recht II (1905), § 144, uw. 1.

Zniesienie ich lub zmiana wymaga do ważności dokumentu publicznego i wpisu do księgi gruntowej.

Wykluczone jest zniesienie lub zmiana ograniczeń własności o charakterze publicznoprawnem«.

Widzimy, że dla zniesienia lub zmiany ustawowych ograniczeń własności, z art. 684—703 i 705—712, w których się mieści szwajcarskie prawo sąsiedzkie, przepisuje szwajcarski kodeks cywilny trudną bardzo formę zawarcia umowy, ustanawiającej odpowiednią służebność gruntową lub osobistą w formie dokumentu publicznego, nie zadowalając się formą pisemną wymaganą dla ustanowienia służebności w art. 732 ZGB — a nadto wymaga wpisu do księgi gruntowej.

Jak wiadomo, kodeks ten zawiera niewielką ilość postanowień, które sam nazywa publicznoprawnemi, a o innych postanowieniach tego rodzaju tylko wspomina. Zgodnie ze znaną paremią prawa rzymskiego (l. 38, Dig. 2, 14), postanawia kodeks szwajcarski, iż »ius publicum privatorum pactis mutari non potest«. Wobec tego musimy podkreślić, że prócz wspomnianego w art. 702 ZGB publicznoprawnego obowiązku urządzania znaków granicznych, żaden z rozważanych przez nas przepisów prawa sąsiedzkiego, nie wyłączając postanowień wodnych, nie jest wedle kodeksu szwajcarskiego publicznoprawnym, a więc wszystkie wynikające z nich obowiązki dają się znieść i zmienić wedle formy przepisanej art. 680 ZGB.

Natomiast zasiedzenie przeciwnej prawu sąsiedzkiemu służebności jest w prawie szwajcarskiem niesłychanie ograniczone.

Art. 731 brzmi: »Do ustanowienia służebności gruntowej trzeba wpisu do księgi gruntowej.

Do nabycia i wpisu stosuje się, o ile inaczej nie unormowano, przepisy o własności nieruchomej.

Zasiedzenie możliwe jest tylko na gruntach, na których zasiedzieć można własność«.

Na jakich zaś nieruchomościach można zasiedzieć własność? W myśl art. 662 w trzech wypadkach: 1) dana nieruchomość nie jest wpisana do ksiąg gruntowych, albo 2) nieruchomość jest wprawdzie wpisana do ksiąg gruntowych, lecz właściciel jej nie jest widoczny z księgi, albo też 3) nieruchomość jest wpisana do ksiąg, lecz właściciela na początku 30-letniego okresu zasiedzenia uznano za zmarłego lub zaginionego. Prócz tych warunków, z któ-

rych jeden musi zachodzić dla nieruchomości, na której ma być ustanowiona służebność przeciwna prawu sąsiedzkiemu, musi nastąpić wykonywanie jej nieprzerwane i niezaczepione przez przeciąg 30 lat, przyczem nie wymaga się już tytułu ani dobrej wiary.

Jak stąd odrazu widać zakres wypadków takich jest w praktyce minimalny [1].

Prócz tego zasiedzenia zwanego nadzwyczajnem lub kontratabularnem zna ustawa szwajcarska jeszcze zwyczajne czyli tabularne (art. 661 ZGB). Jeśli ktoś bezzasadnie uzyskał wpis służebności (w naszym wypadku) do księgi gruntowej, wówczas uzyskuje służebność tę definitywnie po upływie 10 lat wykonywania jej w dobrej wierze bez przerwy i bez zaczepienia jej przez kogokolwiek.

Rozdział III. Stosunek do praw rzeczowych.

Mimo całej gamy różnic konstrukcyjnych, które wykazują uprawnienia i roszczenia oraz obowiązki ustanowione przez przepisy sąsiedzkie w rozważanych przez nas ustawodawstwach [od »treści prawa własności« w prawie niemieckiem poprzez niesamodzielne »ograniczenia prawa własności« z ustawy wprost lub pośrednio w prawie szwajcarskiem i austrjackiem i »służebności z położenia miejsca i z rozporządzenia prawa«, wedle kodeksu francuskiego aż po formalną służebność drogi koniecznej w myśl austrjackiej ustawy z 7. VI. 1896, Dz. p. p. nr 140] — mają wszystkie instytucje prawa sąsiedzkiego tę wspólną cechę, iż wobec praw rzeczowych ciążących na nieruchomości, a więc służebności gruntowych (właściwych, zwanych w kodeksie Napoleona »ustanowionemi przez czyn człowieka«), prawa zastawu i t. p. mają pierwszeństwo, a raczej nie pozostają wobec nich w żadnym stosunku stopnia hipotecznego (Rangordnung). W razie licytacji przymusowej żadne roszczenie na prawie sąsiedzkiem oparte, nie może spaść z hipoteki jako niepokryte ceną kupna.

Co do austrjackich dróg koniecznych wyraźnie przepisuje powołana ustawa w brzmieniu ust. z 9. I. 1913, Dz. p. p. nr 7 w § 20, iż służebności stanowiące drogę konieczną, należy w wypadku sprzedaży przymusowej nieruchomości służebnej utrzymać jako ciężar tejże i przekazać nowonabywcy bez policzenia

---

[1] Leemann, l. c., str. 410/2.

na cenę kupna. To samo zarządza art. XL, l. 2 przep. wpr. prawo o sąd. post. egz. Co do innych austr. instytucyj sąsiedzkich rozumie się to samo przez się, gdyż nie są samodzielnemi prawami rzeczowemi (por. art. XL, l. 1 przep. wpr. prawo o sąd. post. egz.). Dla b. Kongresówki wynika to z okoliczności, iż istnieją prawnie bez wpisu do księgi gruntowej (por. art. XXIII przep. wpr. prawo o sąd. post. egz.). Dla prawa niemieckiego jest to oczywiste wobec tego, że stanowią samą treść prawa własności i wyraźnie postanawia to art. LXIII przep. wpr. prawo o sąd. post. egz., a dla szwajcarskiego wynika również stąd, iż nie są służebnościami [1].

Dział X. Skargi i przedawnienie roszczeń oraz skarg z prawa sąsiedzkiego.

Rozdział I. Skargi z prawa sąsiedzkiego.

W dotychczasowych rozważaniach omawiano szczegółowo roszczenie oparte na danym przepisie prawa sąsiedzkiego, a wspominano tylko o skardze służącej uprawnionemu, gdy zobowiązany narusza swe obowiązki. Pora obecnie przeglądnąć je choćby w ogólnym zarysie.

Przedtem trzeba ustalić terminologję. Roszczeniem [2] nie nazywamy sankcji przepisu prawnego, a raczej żądania osoby przewidzianej przez ustawę (interesowany, poszkodowany), które ustawa dopuszcza na wypadek naruszenia obowiązku przez zobowiązanego i z któlem łączy obowiązek tegoż do poniesienia skutków prawnych naruszenia, a więc w sferze przepisów prawa rzeczowego, z reguły obowiązek wykonania w drodze przymusu sądowego tego samego obowiązku, który zobowiązany naruszył. Wolimy pójść za § 194 BGB, który nazywa roszczeniem (Anspruch) »prawo żądania od kogoś innego czynności lub zaniechania« (ein Tun oder ein Unterlassen). W tym sensie, unikając jednak wieloznacznego terminu »prawo«, zdefiniowano ten termin na początku pracy tej (dział I, rozdział I, str. 5). Z chwilą naruszenia obowiązku nałożonego przez dany przepis, występuje sankcja t. j. przepis doda-

---

[1] Por. Leemann, l. c., str. 211.
[2] St. Wróblewski, Zarys wykładu pr. rz., t. I, 1916, str. 225.

tkowy, wiążący skutki prawne z naruszeniem obowiązku. Z reguły w prawie prywatnem następuje to w formie t. zw. prawa skargi (zwanego krótko skargą) tj. uprawnienia osoby, której roszczenie, a wzgl. odpowiadający mu obowiązek, zostały naruszone, do wstąpienia na drogę sporu sądowego przeciw zobowiązanemu — o wypełnienie obowiązku, nałożonego nań przepisem dodatkowym, tj. sankcją. T. zw. skargi ustalające możemy w tym związku pominąć, gdyż mają inną zupełnie strukturę prawną.

Ustawa austrjacka mówi w §§ 366—375 ABGB o skardze windykacyjnej i publicjańskiej, a o skardze negatoryjnej w § 523 ABGB jako o środku chroniącym właściciela przed uroszczeniem służebności (die Anmassung einer Servitut). Byłaby więc kwestja, czy skargi tej może właściciel użyć przeciw naruszeniom ustawowych zakazów sąsiedzkich typu non facere. I rzeczywiście Schuster stąd właśnie wnosił, że niema naruszenia cudzego prawa własności tam, gdzie niema uroszczenia służebności na cudzym gruncie. Wiemy, że stanowisko to utraciło już w orzecznictwie austrjackiem znaczenie jeszcze przed nowelą III. z r. 1916. Wynika to z treści § 354 ABGB, gdzie negatywną stronę prawa własności wyrażono słowami: »własność jest uprawnieniem... wykluczenia każdego innego od rozporządzenia (schalten) substancją rzeczy i jej pożytkami« [1].

Skargi negatoryjnej używa się przeciw wszelkim naruszeniom prawa własności, choćby nie miały charakteru uroszczenia służebności, jeżeli tylko istnieje causa perpetua, a więc możliwość dalszych naruszeń. Zwraca się więc skarga ta przeciw każdemu, kto przekracza zakaz ustawowy typu non facere. Pogląd Krainz-Pfaff-Ehrenzweiga [2], iż skarga negatoryjna zwraca się tylko przeciw osobie, która sobie rości prawo ograniczające wykonywanie prawa własności powoda — uznać należy za zbyt ciasny, albo przyjąć, iż w wypadkach naruszeń prawa sąsiedzkiego stosuje się skargę negatoryjną w drodze analogji. Skarga ta służy tylko właścicielowi realności sąsiedniej, narażonej na szkodę, i jako publicjańska posiadaczowi niewadliwemu i prawnemu (§ 372 ABGB). Dzierżawca nie może dochodzić roszczeń z prawa sąsiedzkiego [3].

Skargę tę mogą wnieść również spadkobiercy nawet przed

---

[1] Swoboda, Die Neugestaltung str. 81.
[2] System, 3 wyd. 1899 § 246 str. 712 t. I.
[3] Orz. z 27. 3. 1907 Zb. X. 3731.

wpisaniem prawa własności do księgi gruntowej [1], a do wniesienia jej nie trzeba współdziałania wszystkich współwłaścicieli [2].

Pozwanym może być nie tylko właściciel, z którego gruntu pochodzą oddziaływania, lecz również użytkowca realności sąsiedniej [3] lub dzierżawca tego gruntu [4].

Skargą tą dochodzić można 1) ustalenia nieistnienia prawa pozwanego do powyż opisanych oddziaływań, 2) przywrócenia do poprzedniego stanu [5], 3) zaniechania przyszłych podobnych naruszeń i 4) w razie winy pozwanego — odszkodowania. Nie można zaś żądać wprost, by pozwany usunął przyczynę oddziaływań, np. by naprawił swój zepsuty wodociąg lub wychodki nieszczelne, gdyż wybór środków zmierzających do tego celu, aby oddziaływania na ruchomość sąsiednią ustały, należy do właścicieli realności, z której te oddziaływania pochodzą, zatem do pozwanego [6].

Jeśli sąsiad występuje ze skargą negatoryjną wówczas musi udowodnić, że oddziaływanie posiada cechy, które czynią je bezprawnem, gdy zaś właściciel żąda np. ustalenia, że oddziaływania z jego gruntu winien sąsiad znosić, gdyż nie zachodzą warunki ustawowego zakazu, wówczas na nim spoczywa ciężar dowodu [7].

Z przepisów typu «pati» wynika, w razie ich naruszenia, skarga sąsiada przeciw właścicielowi przyległej nieruchomości analogiczna do konfesoryjnej z § 523 ABGB. Zwraca się przeciw każdemu, kto sprzeciwia się wykonywaniu przez sąsiada czynności dozwolonych przez przepisy prawa sąsiedzkiego. Skarga ta służy właścicielowi gruntu sąsiedniego, każdemu ze współwłaścicieli i jako publicjańska prawnemu i niewadliwemu posiadaczowi gruntu, gdy spełnione są warunki §§ 372—374 ABGB, analogicznie tu stosowane [8]. Petitum skargi tej zmierza do 1) ustalenia, iż dane »uprawnienie« służy powodowi, 2) do przywrócenia poprzedniego stanu, a więc usunięcia przeszkód stawianych przez pozwanego uprawnionym

---

1 OSP z 21. XI. 1922 Rw. 1911/21 IV. 118 i z 10. 7. 1923 Rw 2950/22.

2 Orz. z 22. 10. 1913 PPA 1/14.

3 Orz. z 20. 3. 1895 Zb. 15444.

4 Orz. z 27. 2. 1895 Zb. 15420.

5 Por. orz. z 25. XI. 1902 Zb. V. 2109.

6 OSP z 15. 12. 1925 Rw. 732/25 V. 468.

7 por. Gołąb-Wusatowski. Kodeks postępowania cywilnego str. 39—41 i Zoll, Prawo cywilne t. I. Część ogólna 1931 nr. 224. str. 269—272

8 Por. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System wyd. III. t. I. § 260, str. 754.

czynnościom powoda, 3) zaniechania na przyszłość czynienia podobnych przeszkód, czyli znoszenia przez pozwanego czynności dozwolonych, a wreszcie 4) w razie winy do wynagrodzenia szkody.

Dla ochrony przepisów prawa sąsiedzkiego typu facere służy sąsiadowi skarga »rzeczowa« o świadczenie, analogiczna do skargi z ciężaru realnego. Przysługuje właścicielowi sąsiedniego gruntu i posiadaczowi, któremu służy skarga publicjańska, przeciwko każdoczesnemu właścicielowi przylegającej nieruchomości. Skargą tą dochodzi się wprost świadczenia nałożonego ustawą na sąsiedniego właściciela i w razie winy tegoż wynagrodzenia szkody wywołanej dotychczasowem zaniechaniem czynności wymaganych ustawą. Odnowienia i sprostowania granic dokonywa się w postępowaniu niespornem na wniosek jednego z sąsiadujących bezpośrednio właścicieli gruntów.

Współwłasność z ustawy na urządzeniach granicznych i drzewach rosnących na granicy wyposażona jest w zwykłe skargi z współwłasności t. j. actio communi dividundo, actio pro socio o podział dochodów z wspólnej rzeczy i skarga o złożenie rachunków, z ważnemi odchyleniami, o których mowa w dziale VII. (brak actionis communi dividundo odnośnie do urządzeń granicznych). Uwag tych powtarzać w tem miejscu niema potrzeby.

Inne przepisy prawa sąsiedzkiego łączą utratę prawa własności i przejście jej na sąsiada z nastaniem pewnych okoliczności faktycznych, a względnie uprawniają tegoż do pomocy własnej i z wykonaniem jej łączą nabycie przez niego własności (na gałęziach i korzeniach ściętych). Dlatego też specjalnych skarg dla ochrony uprawnień wynikających z tych przepisów niema i nie trzeba. Ponieważ zawarto w nich uprawnienie użycia pomocy własnej, więc niema skargi właściciela gruntu o usunięcie zwisających przez granicę gałęzi ani też o wynagrodzenie wyrządzonej przez nie szkody.

W prawie francuskiem skargi służące w wypadku przekroczenia przepisów prawa sąsiedzkiego przedstawiają się zgoła odmiennie, jeśli wziąć pod uwagę ich konstrukcję prawną. W prawie austrjackiem przepisy sąsiedzkie stanowią ograniczenie, nieograniczonego zasadniczo, prawa własności specjalnemi przepisami ustawy. Kodeks Napoleona zamieszcza natomiast przepisy prawa sąsiedzkiego pod nagłówkiem »służebności gruntowe« (tyt. IV.) i to jako »służebności wynikające z położenia miejsca« (servitudes, qui

dérivent de la situation des lieux chap I.), bądź też jako »służebności ustanowione przez ustawę» (servitudes établies par la loi chap II.). Dlatego też przepisy francuskie typu non facere (tj. art. 671 i 672 C. c. o odległościach ustawowych dla roślin i art. 675 do 680 C. c. o odległościach dla okien i t. p. otworów) — ustanawiają służebności ustawowe niesadzenia i nieutrzymywania roślin w pewnych odstępach od granicy i niewybijania okien, a wzgl. innych otworów w określonych odległościach, zaś właścicielowi sąsiedniego gruntu dają w razie naruszenia tych zakazów skargę opartą na służebności ustawowej. — Różnica w stosunku do prawa austrjackiego jest w pierwszym rzędzie konstrukcyjna i nie przejawia się w petitum skargi tej zdążającej również do ustalenia, iż pozwanemu nie przysługuje prawo utrzymywania roślin lub okien w zakazanej odległości, przywrócenia ich do pierwotnego stanu zgodnego z ustawą, zaniechania na przyszłość podobnych naruszeń i w razie winy odszkodowania. Skargę tę jako »rzeczową« skargę konfesoryjną ze służebności skierować można przeciw każdemu, kto służebności te narusza, a nie tylko przeciw właścicielowi gruntu obciążonego służebnością [1]. Niema jednak wątpliwości, że skarga ta zwraca się w pierwszym rzędzie przeciw temuż właścicielowi.

W typie pati konstrukcja służebności daje się najłatwiej stosować w tych wszystkich przypadkach, gdzie znosić należy wkroczenie sąsiada na cudzy grunt w celu wykonywania na nim określonych czynności. To też instytucja drogi koniecznej występuje w kodeksie francuskim jako ustawowa służebność przechodu (art. 682—685 C. c.) a obowiązek właściciela niższego przyjmowania odpływu wody deszczowej nawet jako służebność naturalna (art. 640 C. c.). Dla ochrony służebności tych służy skarga rzeczowa o analogicznem petitum jak w typie non facere.

W praktyce sądowej powstała wątpliwość, czy nabycie służebności przechodu jako przerywanej (art. 691 C. c.) tj. wykonywanej przez działanie ludzkie może nastąpić wbrew brzmieniu art. 691 C. c. bez tytułu, tj. czynności prawnej, a na podstawie samej ustawy i czy w związku z tem można skargą posesoryjną bronić swego prawa przechodu wobec właściciela czyniącego przeszkody lub uniemożliwiającego przechód. Orzeczenia polskiego Sądu

[1] Planiol. l. c. t. I. nr. 2802.

Najwyższego [1] stanęły na stanowisku, że przepis ustawy (art. 682 C. c.) stanowi sam przez się »dostateczny tytuł, ustanawiający służebność przejazdu« [2] i innego tytułu mimo brzmienia art. 691 C. c. nie trzeba, zaczem i skarga posesoryjna o przywrócenie zakłóconego posiadania tej służebności jest dopuszczalna.

W typie facere spotykamy w prawie francuskiem omówione w dziale VI przepisy wprowadzające obowiązek rozgraniczenia (bornage art. 646 C. c.) i wzniesienia ogrodzeń w miastach i przedmieściach (art. 663 C. c.), a zatem obowiązki pozytywnych świadczeń. Mimo to roszczenie, i w razie naruszenia obowiązku, skarga sąsiada jest »rzeczową« a nie obligacyjną, gdyż zwraca się przeciw k a ż d e m u właścicielowi przylegającego bezpośrednio gruntu (propter rem) a nie przeciw właścicielowi gruntu osobiście [3]. Podkreślić należy, że w prawie francuskiem w przeciwstawieniu do austrjackiego wnosi się zwykłą skargę przeciw właścicielowi przylegającego gruntu o oznaczenie granic (bornage), którą rozpatruje się w zwykłem postępowaniu procesowem. Skargi tej, wytwarzającej między stronami iudicium duplex, nie może powód cofnąć bez zgody pozwanego [4]. Skarga przysługuje tylko właścicielowi gruntu i użytkowcy [5]. Analogicznie ma się rzecz z obowiązkiem ogrodzenia (clôture).

Bardzo ciekawą i skomplikowaną instytucję współwłasności na urządzeniach granicznych (mur, płot i rów graniczny, mitoyenneté des clôtures) wraz z charakterystycznem dla niej wykluczeniem skargi o podział wspólności (indivision forcée) oraz z innemi roszczeniami i skargami, z niej wynikającemi, omówiliśmy szczegółowo w dziale VII. rozdz. I. Współwłasność zaś na drzewach rosnących na granicy (art. 673 C. c.) nie odbiega od zwykłej współwłasności prawa francuskiego, jeśli chodzi o podział wspólności.

Wynikająca z art. 672 C. c. skarga właściciela gruntu przeciw »sąsiadowi« o obcięcie gałęzi, zachodzących na grunt powoda, jest specjalnym wypadkiem skargi negatoryjnej i osobnego omó-

---

[1] z 6. II. 1919 l. 428/28, z 27. II. 1921 C. 547/21 OSP II. 18. i z 7. IV. 1924 C. 1118/23 OSP IV 250.

[2] Motywy orz. izby I. z 27. II. 1921 C. 547/21 OSP. II. 18.

[3] Dalloz, Répétoire méthodique et alfabéthique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Action possessoire nr. 719 i Bornage nr. 10, Planiol t. I. str. 735 nr. 2368.

[4] Orz. SN w Warszawie Izby I. z 12 VI. 1924 C. 1837/23. OSP III. 467.

[5] Planiol t. I. nr 2373 str. 736 i Konic str. 450/1.

wienia nie wymaga. Rozstrzygnąć trzeba jedynie kwestję kogo ustawa ma na myśli, mówiąc o «sąsiedzie» jako o pozwanym. Należy tu rozszerzająco interpretować to słowo, gdyż mamy do czynienia z roszczeniem i skargą negatoryjną, a ta jak wiemy zwraca się przeciw każdemu, kto narusza cudze prawo własności. Tak więc »sąsiadem« będzie tu zarówno właściciel gruntu i użytkowca jak i dzierżawca czy nawet posiadacz bez tytułu.

Prawo niemieckie uznaje postanowienia prawa sąsiedzkiego za «treść własności» (»Inhalt des Eigentums«). Wynika stąd, że na straży przepisów sąsiedzkich stoją skargi z własności wypływające, a więc skarga z § 1004 BGB, gdyż rei vindicatio z §§ 985 i nast. BGB nie wchodzi w rachubę.

§ 1004 BGB: »Jeżeli prawo własności naruszono w inny sposób niż przez odebranie lub zatrzymanie posiadania, wówczas może właściciel domagać się od naruszającego usunięcia naruszenia (Beeinträchtigung). Jeśli należy się obawiać dalszych naruszeń, może właściciel skarżyć o zaniechanie.

Roszczenie to jest wykluczone, jeżeli właściciel jest obowiązany do znoszenia». — Jak widać, ujęto zakres stosowalności skargi negatoryjnej szeroko jako wszelkie inne przypadki naruszenia prawa własności (Beeinträchtigung des Eigentums), prócz odebrania lub zatrzymania posiadania rzeczy (Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes), a więc wszystkie po wyłączeniu wypadków rei vindicationis. Dlatego też w prawie niemieckiem nie trzeba, by naruszający rościł sobie jakieś prawo uzasadniające naruszenia i wogóle wina po stronie naruszającego nie jest warunkiem roszczenia i skargi z § 1004 BGB [1]. Podobnie jak nie trzeba, by skutkiem naruszenia powstała szkoda po stronie naruszonego właściciela [2].

Przeciw panującemu w nauce prawa niemieckiego mniemaniu, iż skarga ta służy nietylko przeciw osobie, która własnem działaniem naruszyła cudze prawo własności, lecz również przeciw każdemu, kto utrzymuje nadal stan bezprawny, choćby przez kogoś innego wytworzony, wystąpił Schmidt w pracy p. t. Der negatorische Beseitigungsanspruch [3] z konstrukcją tego rodzaju, iż skarga negatoryjna jest skargą przeciw czynności naruszającej cudze prawo

---

[1] Wolff l. c. str. 293/5.
[2] Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch Jena 1924 str. 63.
[3] Str. 11 i nast.

własności, a tylko skarga windykacyjna z § 985 BGB skierowana jest przeciwko samemu stanowi bezprawnemu i dlatego pozwanym skargą negatoryjną może być tylko ten, kto własnem działaniem naruszył cudzą własność, a przeciw osobie innej, która stan wywołany działaniem tem utrzymuje, służy tylko uprawnienie z § 903 BGB t. j. możność usunięcia tego oddziaływania, przyczem jednak usuwający naraża się ewentualnie na proces posesoryjny. M. zd. konstrukcja ta jest niezadawalniająca i prowadzi do sztucznych konsekwencyj. Actio negatoria prawa niemieckiego służy do ochrony roszczenia bezwzględnego, i dlatego zwraca się przeciw każdemu, kto stan bezprawny utrzymuje, a nie jest skargą przeciw czynności pojedynczej choćby i bezprawnej, która nie wywołała trwałego stanu bezprawnego.

Zastosowanie skargi negatoryjnej z § 1004 BGB do ochrony przepisów sąsiedzkich typu non facere nie zdziwi nikogo, gdyż do odparcia niedozwolonych czynności petitum skargi tej, skierowanej na usunięcie naruszenia i zaniechania dalszych naruszeń, szczególnie się nadaje. Nie tak jasną jest rola skargi tej wobec przepisów typu pati. Właściciel odciętego od drogi publicznej gruntu wykonywa swe prawo własności przechodząc przez grunt sąsiada, by dostać się do drogi. Jeśli sąsiad mu w tem przeszkadza, wówczas narusza jego prawo własności [1].

Prawnicy niemieccy nie rozciągają skargi negatoryjnej z § 1004 BGB na wypadki typu facere, a więc na obowiązek współdziałania w urządzeniu i utrzymaniu znaków granicznych (§§ 919 i 920 BGB) i obowiązek przedsięwzięcia środków (Vorkehrung) dla odwrócenia niebezpieczeństwa zawalenia się budynku (§ 908 BGB). Coprawda Schmidt w pracy swej [2] utrzymuje, że roszczenie z § 908 BGB ma charakter negatoryjny, a naruszenie własności (Störung des Eigentums) polega w tym wypadku na wystawieniu na niebezpieczeństwo sąsiedniego gruntu przez budynek chylący się do upadku, lecz zaraz dalej [3] mówi o obowiązku utrzymania budynków w dobrym stanie (Erhaltungspflicht), nałożonym przez przepis § 908 BGB, a zatem opuszcza poprzednie stanowisko. M. zd. skargi z § 1004 BGB nie można stosować do ochrony przepisów o znakach granicznych i rozgraniczeniu (§§ 919 i 920 BGB), ani do

[1] Wolff l. c. str. 169.
[2] Str. 34.
[3] Str. 37.

ochrony przepisu § 908 BGB. § 919 BGB daje podstawę do przyjęcia, iż roszczenie o współdziałanie w urządzeniu lub odnowieniu znaków granicznych jest treścią prawa własności. Obowiązek sąsiedniego właściciela powstaje dopiero z chwilą podniesienia roszczenia tego wobec niego, a nie wprost z ustawy. Cóż kiedy zachowanie się sąsiedniego właściciela, przeciwne obowiązkowi, wyczerpuje się w całkowitej bezczynności. Natomiast podstawę skargi negatoryjnej z § 1004 BGB stanowić może tylko pozytywna czynność, a nie bierne zachowanie się. To samo mutatis mutandis zastosować można do przepisu § 908 BGB.

W przypadkach z §§ 919 i 920 BGB stosuje się skarga o świadczenie przeciw sąsiadującemu bezpośrednio właścicielowi, a w wypadku przewidzianym w § 908 BGB przeciw posiadaczowi samoistnemu (Eigenbesitzer) gruntu (§ 836 ust. 1 BGB), lub przeciw posiadaczowi budynku lub innego urządzenia, który je posiada na cudzym gruncie w wykonywaniu swego prawa (§ 837 BGB) czy też przeciw osobie, która objęła za posiadacza utrzymanie budynku lub innego urządzenia (Werk), lub też ma obowiązek utrzymania takich budów na podstawie przysługującego jej prawa użytkowania (§ 838 BGB).

Przepisom ustanawiającym współużywanie urządzeń granicznych (§§ 921 i 922 BGB) przydziela prawo niemieckie skargi ze wspólności (Gemeinschaft §§ 741—758 BGB). Współwłasność na drzewach granicznych z § 923 BGB wyposażona jest w zwykłe skargi z współwłasności, a tylko wówczas, gdy drzewo stojące na granicy stanowi zarazem znak graniczny i nie można go w danych okolicznościach zastąpić innym odpowiednim celowi znakiem granicznym — niema skargi o zniesienie współwłasności (§ 923 BGB ust. 2 zd. 4). — Wobec dozwolonej w § 910 BGB samopomocy przez ścinanie i przywłaszczenie sobie korzeni i gałęzi przekraczających granicę niema oczywiście skarg sądowych z tego przepisu. Również i z postanowienia § 911 BGB nie wynikają żadne skargi, gdyż przepis ten reguluje tylko kwestję komu służy własność owoców spadłych na drugą stronę granicy.

W prawie szwajcarskiem znajdujemy inny obraz. Podczas gdy w prawie austrjackiem używa się analogicznie skargi negatoryjnej, konfesoryjnej i skargi o świadczenie, w prawie francuskiem skarg ze służebności, a w prawie niemieckiem skargi negatoryjnej i skargi o świadczenie, a zatem skarg skierowanych

nie wyłącznie przeciwko właścicielowi sąsiedniego gruntu [1], lecz przysługujących wyłącznie lub w pierwszym rzędzie właścicielowi przylegającemu — to w prawie szwajcarskiem rzecz się ma odwrotnie.

Art. 679 ZGB pod napisem »Odpowiedzialność właściciela gruntu» postanawia: »Kto doznał szkody przez przekroczenie przez właściciela gruntu swego prawa własności lub komu przez to grozi szkoda, może skarżyć o usunięcie uszkodzenia (Beseitigung der Schädigung) lub o ochronę przeciw grożącej szkodzie (Schutz gegen drohenden Schaden) i o wynagrodzenie szkody (Schadenersatz)«.

Powodem jest tu więc każdy, kto doznał s z k o d y skutkiem czynności, którą właściciel gruntu przekroczył swe prawo własności. Pozwanym tylko właściciel gruntu, który szkodę wyrządził, przyczem pamiętać należy, że termin »Grundstück« ma w prawie szwajcarskiem znaczenie techniczne w myśl art. 655 ZGB i obejmuje prócz gruntów właściwych (Liegenschaften) również wpisane w księgę gruntową samoistne i trwałe prawa oraz kopalnie. Tak więc odpowiada na równi z właścicielem gruntu właściciel budowy na cudzym gruncie (art. 675 ZGB) i właściciel przewodów przez cudzy grunt (art. 676 ZGB).

Mamy więc tu odpowiedzialność za szkodę, niezależnie od winy uszkodziciela, a więc wyjątek wobec zasady odpowiedzialności za winę (art. 50 prawa obligacyjnego szwajcarskiego z 30 III. 1911) w kierunku odpowiedzialności za skutek (Verursachungsprinzip, Gefährdungshaftung) [2]. Odpowiedzialność właściciela ustaje tylko wtedy, gdy 1) szkoda powstała bezpośrednio przez naturę gruntu, 2) skutkiem działania siły wyższej lub też 3) jest wypływem wyłącznej winy osób trzecich lub samego poszkodowanego [3].

Przekroczeniem prawa własności przez właściciela może być tylko czynność zakazana prawem. Specjalnym przypadkiem tego rodzaju jest szykana w myśl art. 2, ust. 2 ZGB, o której była mowa w dziale IV. rozdz. wstępny str. 88/9. Tak więc istnieją 2 warunki odpowiedzialności właściciela z art. 679 ZGB: 1) aby czynność, będąca wykonaniem prawa własności, przedstawiała się zarazem jako czynność niedozwolona i 2) aby czynność ta wywołała szkodę. Wina właściciela nie stanowi warunku odpowiedzialności.

---

[1] Pomijamy tu skargę o rozgraniczenie prawa francuskiego i niemieckiego jako całkiem swoistą.

[2] Leemann l. c. str. 202.

[3] Leemann l. c. str. 205.

Jeśli szkoda powstała skutkiem działania właściciela gruntu, które stanowi wykonanie jego prawa własności, a nie jest czynnością bezprawną, wówczas brak odpowiedzialności (qui suo iure utitur, neminem laedit).

Petitum skargi zmierza do: 1) usunięcia uszkodzenia (Beseitigung der Schädigung), przez co rozumieć należy usunięcie skutków fizycznych czynności zabronionej i usunięcie samej przyczyny uszkodzeń, a więc bądź usunięcie urządzenia czy stanu wywołującego szkodę, badź zaniechanie czynności szkodliwych, 2) do ochrony przed grożącą szkodą tj. do przedsięwzięcia przez pozwanego środków usuwających na przyszłość groźbę uszkodzeń i 3) do uzyskania odszkodowania obejmującego wedle art. 54 pr. obl. szw. również i nawiązkę [1].

Skarga ta służy odnośnie do już wyrządzonej szkody tylko przeciw właścicielowi z czasu uszkodzenia jako skarga osobista, a jedynie żądanie usunięcia stanu zagrażającego szkodą można skierować również przeciw późniejszemu właścicielowi, następcy uszkodziciela in ius singulare.

Zaznaczyć należy, że roszczenie i prawo skargi z art. 679 ZGB służą nietylko sąsiadowi, lecz każdemu, kto w omówionych warunkach poniósł szkodę. Z natury rzeczy główny teren zastosowania tego przepisu stanowią stosunki sąsiedzkie.

Jeżeli wogóle brak szkody, a nastąpiło ze strony właściciela gruntu nieuprawnione przekroczenie zakresu jego prawa własności służy sąsiadującemu z nim właścicielowi (i innym uprawnionym rzeczowo) skarga negatoryjna z art. 641 ZGB ust. 2 (verba »odeprzeć każde nieuprawnione oddziaływanie« »jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren«). Skarga ta odpowiada mniej więcej skardze negatoryjnej niemieckiego prawa pospolitego [2]. Stosuje się więc nietylko wtedy, gdy pozwany rości sobie jakieś prawo do przedmiotu cudzej własności, lecz również w wypadkach naruszenia przepisów sąsiedzkich np. art. 674 (budowle przekraczające granicę), art. 684 (oddziaływanie pośrednie), art. 685 (pogłębianie gruntu) i wogóle wobec wszelkich uszczupleń swobodnego wykonywania prawa własności. Stąd skargę negatoryjną często zowią skargą o wolność własności (Eigentumsfreiheitsklage).

---

[1] Orz. BGE 11, nr. 81, Erw. 4 u Leemannaa l. c. str. 207.
[2] Leemann l. c. str. 20.

Ponieważ skargą negatoryjną dochodzi się nietylko usunięcia naruszenia, czy tylko niebezpieczeństwa naruszenia, lecz również i odszkodowania, w razie winy naruszającego — przeto, gdy wina pozwanego właściciela da się udowodnić, ma powód (jeśli jest rzeczowo uprawniony na danym gruncie) wybór między skargą z art. 679 ZGB a skargą negatoryjną z art. 641, ust. 2 ZGB.

Jedną uwagę uczynić należy jeszcze omawiając typ pati prawa szwajcarskiego. Droga konieczna nie stanowi wprawdzie służebności wedle prawa szwajcarskiego, jednak stosuje się do niej analogicznie przepisy o służebnościach gruntowych, a mianowicie art. 730—744 ZGB z wyjątkiem przepisu art. 739 ZGB [1], a więc postanowienie art. 737 ZGB ma zastosowanie również do drogi koniecznej. Uprawniony może więc skarżyć obciążonego drogą konieczną o zaniechanie wszelkich czynności udaremniających lub utrudniających wykonanie omawianego uprawnienia na podstawie art. 737, ust. 3 ZGB, a wspomniana wyżej skarga z art. 679 ZGB traci zastosowanie. Droga konieczna, chociaż zamieszczona w kodeksie szwajcarskim jako ograniczenie prawa własności w rozdziale o prawie sąsiedzkiem, stoi na granicy służebności, gdyż wymaga wpisu hipotecznego do swego powstania.

W dziale facere znajdujemy skargę o współdziałanie w rozgraniczeniu (art. 669 ZGB), którą ustawodawca szwajcarski uważa za rzeczową, normując ją pod nagłówkiem »Treść własności gruntowej«, a nadto skargę o powzięcie środków przeciw niebezpieczeństwu grożącemu ze strony budynku (art. 59 szw. pr. obl.). Tę ostatnią ustawodawca szwajcarski uznaje widocznie za obligacyjną, gdyż tam ją zamieszcza. Czy tak jest istotnie?

Przedewszystkiem niema wogóle s k a r g rzeczowych i obligacyjnych ściśle biorąc, a istnieją tylko r o s z c z e n i a absolutne zwrócone przeciw wszystkim osobom podlegającym danemu porządkowi prawnemu i roszczenia zwrócone tylko przeciw pewnej określonej osobie lub określonym (konkretnym) osobom. Przy badaniu, czy dane roszczenie należy do jednego lub drugiego rodzaju, należy zwrócić uwagę na płaszczyznę faktów życia prawnego, będącą dziedziną zastosowania przepisów, a nie wyłącznie na same przepisy. Spośród roszczeń absolutnych uznaliśmy powyżej (dział III. rozdz. 1. str. 49) za rzeczowe te, które wynikają

---

[1] Leemann l. c. str. 255.

z zakazu — skierowanego do wszystkich osób podlegających danemu porządkowi prawnemu, — korzystania w pewien sposób z pewnej (konkretnej) rzeczy bez zezwolenia pewnej konkretnej osoby (lub osób) [1].

Jak więc przedstawiają się wspomiane co dopiero roszczenia? Otóż zarówno roszczenie sąsiada o współdziałanie przy ustaleniu niepewnej granicy (art. 669 ZGB), jak i roszczenie zagrożonego o przedsięwzięcie środków zaradczych przeciw niebezpieczeństwu zawalenia się budynku (art. 59 szw. pr. obl.) — zwraca się przeciw każdemu właścicielowi sąsiedniego gruntu, w konkretnym więc wypadku tylko przeciwko oznaczonej osobie. Należy je więc uznać z naszego stanowiska za roszczenia obligacyjne.

Jest rzeczą konstrukcji prawnej rozstrzygnąć pytanie, czy odpowiadający roszczeniom tym obowiązek uznać za »treść prawa własności« czy nie. Widzieliśmy, że ustawodawca szwajcarski uznał tylko obowiązek rozgraniczenia nieruchomości za »treść prawa własności«, choć równie dobrze można było wprowadzić w nią obowiązek utrzymywania budynków w należytym stanie, jak to miało miejsce w pruskim prawie krajowem (ALR I. 8. §§ 36, 37 i 60).

Współwłasność prawa szwajcarskiego na urządzeniach służących do odgraniczenia (art. 670 ZGB) różni się pod względem skarg, w które ją ustawa wyposaża od zwykłej współwłasności wedle kwot, tem, iż brak tu skargi o rozdział wspólności z art. 650 ZGB.

Przepisy szwajcarskie o gałęziach, korzeniach i owocach przekraczających granicę dozwalają pomocy własnej (art. 687 i 688 ZGB), tem samem więc niema skarg sądowych służących do przymusowego przeprowadzenia tych postanowień.

Rozdział II. Przedawnienie roszczeń i skarg z prawa sąsiedzkiego.

W § 1481 kodeksu cywilnego austrjackiego znajdujemy następującą zasadę: »...... zobowiązania które odpowiadają (zusagen) powyżej (§ 1459 ABGB) przytoczonemu prawu swobodnego rozporządzania swą własnością np. obowiązek dozwolenia podziału rzeczy wspólnej lub oznaczenia granic, nie mogą ulec przedawnieniu«. Wypada więc zbadać, które obowiązki nałożone przez przepisy austrjackiego prawa sąsiedzkiego odpowiadają »prawu swobodnego rozporządzania swą własnością«, by stwierdzić, czy

---

[1] Por. H. Michas, Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle. Paris 1900.

odpowiadające im po stronie uprawnionego roszczenie przedawnia się czy nie.

Przepisy typu non facere prawa austrjackiego (zakaz oddziaływań pośrednich § 364 ust. 2 ABGB i pogłębiania § 364 b) zakazują właścicielowi pewnych działań wpływających szkodliwie na grunt sąsiada. Jak to obszernie wyżej (dział IV. rozdział 1, str. 98 i nast.) przedstawiono, przepisy te można rozpatrywać bądź z punktu widzenia sfery wolności udzielonej właścicielowi przez porządek prawny, bądź też jako konsekwencję a zarazem (a contrario) częściowy wyłom w t. zw. negatywnej stronie prawa własności, przyczem uznaliśmy ten drugi punkt widzenia za niezwykle doniosły dla należytej konstrukcji odnośnych przepisów prawnych, odrzucając t. zw. ius prohibendi właściciela. Tak więc wbrew przeciwnym pozorom należy obowiązki nałożone przepisami prawa sąsiedzkiego uznać za odpowiadające wedle § 1481 ABGB »prawu swobodnego rozporządzania swą własnością«, gdyż stanowią one konsekwencję ogólnego zakazu oddziaływania na rzeczy cudze, a więc są wypływem samego prawa własności. Roszczenie sąsiada oparte na przepisach typu non facere nie ulega zatem przedawnieniu przez samo niewykonywanie (§ 1481 ABGB)[1].

Na podobnem rozumowaniu oparło się orzecznictwo austrjackie w tej kwestji[2]. Sąsiad dochodzi wolności i nietykalności swej własności zapomocą skargi negatoryjnej z analogji § 523 ABGB, chociaż nie chodzi tu o odparcie uroszczenia służebności przez pozwanego właściciela gruntu sąsiedniego. Skarga ta zaś nie przedawnia się tak długo, dopóki tenże pozwany nie zasiedział odnośnej służebności przeciwnej typu pati wedle §§ 313, 1460—1465, 1470—1473, 1475. 1477 ABGB.

Ten pogląd uważam za trafny.

Oczywiście do roszczeń sąsiada wynikających z przepisów typu non facere nie można stosować postanowienia §§ 1451 i 1488 ABGB o przedawnieniu służebności przez niewykonywanie, gdyż zakaz oddziaływań pośrednich i inne przepisy typu non facere nie stwarzają służebności.

Niewątpliwie obowiązki właściciela gruntu ustanowione przez

---

[1] By zbyt nie rozszerzać granic tej pracy pomijam zagadnienie jak należy ująć przedawnienie roszczeń i skarg z punktu widzenia teorji imperatywnej.

[2] Por. orz. z 23. II. 1886 Zb. 10947.

przepisy typu pati, co do znoszenia oddziaływań pośrednich lub nawet bezpośrednich (droga konieczna) z gruntu sąsiedniego — nie odpowiadają prawu swobodnego rozporządzania swą własnością (§ 1481 ABGB), a więc w zasadzie przedawniają się skutkiem niewykonywania odpowiadającego im roszczenia sąsiada. Wiemy już (str. 226), że roszczenia tego dochodzi sąsiad skargą analogiczną do skargi konfesoryjnej z § 523 ABGB. Jeśli więc w tym punkcie przyjęto analogję z dziedziny służebności należy m. zd. przyjąć ją również co do przedawnienia tego roszczenia. A zatem wedle § 1488 ABGB roszczenie typu pati przedawnia się przez nieużywanie w ciągu 3 lat od czasu, gdy właściciel obowiązany do znoszenia sprzeciwiał się wykonywaniu czynności oddziaływujących na grunt (§§ 313, 351 i 1459 zd. 2 ABGB). Jest to słaby odblask t. zw. usucapio libertatis prawa rzymskiego. Ustawa austrjacka nie wymaga jednak pozytywnej czynności zobowiązanego usuwającej stan wymagany przez służebność, wystarczy sam sprzeciw chociażby słowny [1]. Mimo nazwy »zasiedzenie wolności«, której używą też nauka prawa austrjackiego [2] niema tu wogóle żadnego zasiedzenia, gdyż ustawa nie wymaga ani tytułu (§ 1461 ABGB) ani dobrej wiary (§ 1463 ABGB) i mamy tu jedynie przedawnienie roszczenia związane nietylko z niewykonywaniem go przez pewien przeciąg czasu przez uprawnionego, lecz również z uprzednim sprzeciwem ze strony zobowiązanego [3].

Przez samo niewykonywanie roszczenia sąsiedzkiego typu pati przedawnia się ono dopiero po 30 latach podobnie jak służebność w myśl § 1478 i 1479 ABGB względnie po 40 latach, gdy uprawnionym jest Skarb Państwa lub inna osoba prawna postawiona z nim na równi w myśl § 1472 ABGB (§ 1485 ABGB). Pogląd ten, iż służebności gasną przez samo niewykonywanie przez przeciąg lat 30-tu powszechnie przyjęty w nauce prawa austrjackiego [4] starali się obalić Burckhard [5] i Till [6] na rzecz mnie-

---

[1] Orz. z 16. XII. 1857 i z 17. XII. 1857 Zb 488.

[2] Krainz-Pfaff-Ehrenzweig 4. wyd. 1905 t. I. str. 754 i 755 § 259.

[3] Till, Prawo prywatne austr. t. II. 1892 str. 391/2.

[4] Zeiler IV. str. 248, Nippel IX. str. 116, Winiwarter Mat. VIII. str. 138 i nast., bgl. R. V. § 149, Stubenrauch Komm. do § 1488 ABGB, Randa, Besitz § 32 i 34, Krainz, Pfaff, Ehrenzweig 4 wyd. t. I. 1905, § 259, str. 754.

[5] III. § 180 i II. str. 508 i nast.

[6] Prawo prywatne austr. t. II. 1892 str. 390—393.

mania, iż służebności gasną przez przedawnienie tylko w myśl § 1482 i 1488 ABGB, a więc przez t. zw. usucapio libertatis przytaczając poważne argumenty oparte na treści §§ 1482 i 1488 ABGB, uwadze marginalnej przed § 1481 oraz brzmieniu § 319 II. kodeksu galicyjskiego. — W myśl pozytywnego przepisu § 8 ustawy z 7. VII. 1896 nr 140 dzpp. roszczenie o ustanowienie drogi koniecznej nie ulega przedawnieniu. Sama zaś droga konieczna ustanowiona przez sędziego w postępowaniu niespornem jako służebność przedawnia się wedle ogólnych zasad o przedawnieniu służebności przedstawionych co dopiero. Można jednak ponownie domagać się ustanowienia sądownego nowej służebności drogi koniecznej.

W typie facere austrjackich przepisów sąsiedzkich spotykamy obowiązek oznaczenia granic (§§ 850—853 ABGB w brzmieniu noweli I.). O nim mówi wyraźnie § 1481 ABGB, iż odpowiadające mu roszczenie przedawnieniu nie ulega.

Pozostaje jeszcze kwestja czy również i obowiązek utrzymywania muru lub płotu granicznego w dobrym stanie i obowiązek ogrodzenia swej nieruchomości po prawej ręce od głównego wejścia zawarty w § 858 ABGB przedawnieniu nie ulegają. M. zd. obowiązki te idą po linji indywidualizmu prawnego i swobody prawa własności, które ma na myśli § 1481 ABGB mówiąc o »prawie swobodnego rozporządzania swą własnością«, a to mimo nałożenia na właściciela obowiązku i dlatego nie ulegają wraz z odpowiadającemi im roszczeniami przedawnieniu.

Prawo współwłasności na urządzeniach i drzewach granicznych wprowadzone przepisami §§ 854—857 i 421 ABGB nie ulega przedawnieniu, podobnie jak prawo własności wogóle. W tym ostatnim względzie istnieje przeważająca opinja teoretyków prawa austrjackiego [1] oparta przedewszystkiem na brzmieniu § 1459 ABGB. Również i judykatura austrjacka przyjmuje jedynie możliwość przedawnienia skargi o własność przeciw danej osobie (rei vindicatio) z § 366 ABGB [2].

Podobnie rzecz ma się z współwłasnością wogóle, a urządzeń i drzew granicznych w szczególności. Tylko skarga o uznanie współwłasności, wydanie pobranych bezprawnie pożytków i t. d.

---

[1] Stubenrauch l. c. 1899 t. II. str. 866/7, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig l. c. 1899 t. I. str. 396.

[2] Orz. z 15. V. 1878 Zb. 6895.

zwrócona przeciw danemu sąsiadowi przedawnia się w 30 wzgl. 40 latach, gdy zajdą warunki z §§ 1451, 1478, 1479 i 1485 ABGB.

Wedle wyraźnego postanowienia § 1481 ABGB »obowiązek dozwolenia podziału rzeczy wspólnej«, a więc i odpowiadające mu roszczenie o podział wspólności nie ulega przedawnieniu.

Gdy chodzi o urządzenia graniczne i o drzewa graniczne służące zarazem za graniczne znaki niema wogóle roszczenia o rozdział wspólności, a więc o przedawnieniu go mowy niema.

Zagadnienie przedawnienia nie powstaje wogóle w wypadkach, gdy prawo sąsiedzkie łączy z pewnemi zdarzeniami utratę prawa własności przez właściciela a nabycie go przez sąsiada. Uprawnienie zaś ścięcia gałęzi i wyrwania korzeni przekraczających granicę odpowiada »prawu swobodnego rozporządzania swą własnością« (§ 1481 ABGB), gdyż idzie po linji indywidualizmu i swobody własności prywatnej, a zatem samo przedawnieniu nie ulega.

W kodeksie Napoleońskim art. 2232 głosi następującą zasadę: »Czyny samej tylko możności i czyny prostej tolerancji nie mogą być podstawą ani posiadania ani przedawnienia«.

Jak wiadomo kodeks francuski obejmuje nazwą »przedawnienia« (prescription) zarówno zasiedzenie a więc nabycie prawa jak i przedawnienie właściwe polegające na utracie prawa (art. 2219 C. c.), a nauka prawa francuskiego rozróżnia skutkiem tego przedawnienie nabywcze (prescription acquisitive) od umarzającego (extinctive). Tu mowa tylko o ostatniem.

Cóż to są jednak czyny samej tylko możności i czyny prostej tolerancji (les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance), o których mówi art. 2232 C. c.? Są to z jednej strony t. zw. actus merae facultatis teorji prawa XVIII-tego wieku, które odnajdujemy również w § 1459 ABGB, jako »prawa człowieka do swych działań i swej własności« nie ulegające przedawnieniu i w § 317 ABGB, jako »wrodzoną wolność czynienia wszystkiego co nie narusza praw innych osób«. Jest to teren »naturalnej wolności« człowieka w zakresie prywatnoprawnym a więc gospodarczym i rodzinnym. Z drugiej zaś strony actes de simple tolérance pokrywają się z czynnościami precario modo dozwolonemi nieuprawnionemu przez uprawnionego.

Dla nas ważnemi są tu przedewszystkiem pierwsze, a w szczególności pytanie, które z roszczeń udzielonych sąsiadowi przepi-

sami francuskiego prawa sąsiedzkiego uznać za czysto fakultatywne.

Nauka i orzecznictwo francuskie wyliczają następujące:[1].

1) roszczenie o prawo przechodu dla gruntu odciętego od drogi publicznej (art. 682—685 C. c.),

2) roszczenie o rozgraniczenie (bornage) z art. 646 C. c.,

3) roszczenie o nabycie wspólności nadbudowy lub całego muru granicznego z art. 660 i 661 C. c.[2],

4) uprawnienie wycięcia korzeni i roszczenie, by sąsiad ściął gałęzie przewieszające się przez granicę (art. 673 C. c w brzmieniu noweli z 20. VIII. 1881 i z 12. II. 1921, a art. 672 ust. 2 i 3 C. c. w dawnem brzmieniu).

Mamy tu roszczenia po jednem z typów pati (1), facere (2), współwłasności (3) i wywłaszczenia prywatnoprawnego (4). O ostatniem z nich wspomnieliśmy wyżej (dział VIII. rozdz. 1, str. 204), że mimo braku noweli nie ulega ono również i na terenie b. Kongresówki przedawnieniu jako czysto fakultatywne (art. 2232 C. c.), jeśli chodzi o uprawnienie wycięcia korzeni, a oparte na zwykłej tolerancji, jeśli mowa o roszczeniu o ścięcie gałęzi przez właściciela drzewa. Inne roszczenia z prawa sąsiedzkiego ulegają przedawnieniu wedle ogólnych zasad prawa francuskiego odnoszących się do przedawnienia służebności gruntowych.

Art. 706 C. c. »Służebność gaśnie przez niewykonywanie jej w ciągu trzydziestu lat«.

Art. 707 C. c. »Czas trzydziestoletni poczyna biec zależnie do różnych gatunków służebności albo od dnia, w którym ustało używanie służebności, gdy chodzi o służebności przerywane, albo od dnia, w którym wykonano czynność przeciwną służebności, gdy chodzi o służebności ciągłe«.

Na równi z dobrowolnem zaniechaniem wykonywania prawa stoi niemożność wykonywania go skutkiem zewnętrznego przymusu lub wypadków, siły wyższej, jak to niedwuznacznie wynika z treści art. 665 i 704 C. c.

Jest również rzeczą obojętną, jak dokonano czynności przeciwnej służebności ciągłej. Wystarczy nawet, by przypadek zmienił stan rzeczy zgodny ze służebnością[3].

---

[1] Planiol t. II. nr. 635.

[2] Planiol l. c. t. I nr. 2168 i t. II. nr. 635.

[3] Orz. Cass. z 3. III. 1890 D. 91, 1. 37. S. 90. 1. 245 i Planiol l. c. t. I. nr. 2977 i nast.

Czasokresu 30 letniego skrócić nie można. Nawet wobec nabywcy nieruchomości w dobrej wierze i opartego na ważnym tytule (art. 2265 C. c.) służebność niewykonywana gaśnie, nie po 10 wzgl. 20 latach, lecz dopiero z upływem pełnych lat 30[1].

Jeżeli jednak służebność prawa sąsiedzkiego wpisano na terenie b. Kongresówki do ksiąg gruntowych, wówczas po myśli art. 123 prawa o ustaleniu własności dóbr nieruchomych, o przywilejach i hipotekach z 14/26 IV. 1818. (Dz. Pr. V. 295), »dopóki nie zostały wykreślonemi z ksiąg hipotecznych, nie może być nawet początku przedawnienia«.

Prawo niemieckie wyraźnie wymienia w § 924 BGB, które roszczenia sąsiedzkiego prawa nie ulegają przedawnieniu.

§ 924 BGB »Roszczenia wynikające z §§ 907 do 909, § 915, § 917 ust. 1, § 918 ust. 2, §§ 919, 920 i § 923 ust. 2 nie ulegają przedawnieniu«. — Przejdźmy je po koleji: § 907 BGB udziela sąsiadowi (właścicielowi gruntu sąsiedniego) roszczenia o usunięcie urządzeń z gruntów sąsiednich, co do których istnieje pewność, że samo ich istnienie lub używanie ich wywoła niedopuszczalne oddziaływanie na grunt sąsiedni (typ non facere).

Z przepisu § 908 BGB wynika roszczenie właściciela gruntu, któremu grozi niebezpieczeństwo uszkodzenia przez zawalenie się budynku lub innego urządzenia (Werk), złączonego z sąsiednim gruntem, lub też przez oderwanie się części budynku lub urządzenia — o dokonanie kroków potrzebnych celem odwrócenia niebezpieczeństwa. Roszczenie to kieruje się przeciw osobie, która ewentualnie byłaby za szkodę odpowiedzialną (typ facere).

Na podstawie § 909 BGB każdy właściciel nieruchomości ma roszczenie wobec bezpośrednich swych sąsiadów, by nie pogłębiali gruntów swych w ten sposób, by jego nieruchomość utraciła potrzebną podporę (typ non facere).

§ 915 BGB udziela w wypadku budowy przekraczającej granicę (Überbau § 912 BGB) uprawnionemu do poboru renty (a więc właścicielowi zabudowanego gruntu) uprawnienia-roszczenia — wobec zobowiązanego do płacenia renty (tj. wobec właściciela przytykającego gruntu, który budując przekroczył granicę), by ten ostatni nabył własność zabudowanej części gruntu za cenę równą wartości tego kawałka gruntu w chwili przekroczenia granicy przy

[1] Orz. Cass. z 20. XII. 1836, 28. III. 1837, 16. IV. 1838, 18. XI. 1845, 31. XII. 1845 i 14. XI. 1853.

budowie (wywłaszczenie na żądanie wywłaszczonego). Gdy skorzystano z tego uprawnienia roszczenia (Gestaltungsrecht) roszczenia obustronne przedawniają się tak jak roszczenia z kupna [1].

Przepis § 917 ust. 1 BGB rodzi roszczenie właściciela gruntu, któremu brak połączenia z drogą publiczną, koniecznego do prawidłowego używania — wobec sąsiadów, by znosili używanie przezeń swych gruntów dla stworzenia potrzebnego połączenia (droga konieczna, typ pati). Roszczenie to wobec sąsiedniego właściciela sprzeciwiającego się przejściu przez jego grunt ma charakter negatoryjny, gdyż należy ono do treści własności, a mimo to wedle § 924 BGB nie przedawnia się w przeciwieństwie do zwykłej skargi negatoryjnej z § 1004 BGB.

§ 918 ust. 2 BGB przenosi to samo roszczenie na wypadki, gdy skutkiem pozbycia części gruntu, lub jednego z kilku gruntów, należących do tego samego właściciela, grunt pozbyty lub pozostały utraci połączenie z drogą publiczną.

Z §§ 919 i 920 BGB wynika roszczenie wzajemne właścicieli gruntów bezpośrednio przyległych o oznaczenie granic zapomocą znaków granicznych zarówno, gdy linja graniczna jest niesporna jak i w razie zatarcia granic (ustalenie granic, typ facere).

Wreszcie roszczenie o usunięcie drzewa rosnącego na granicy (§ 923 ust. 2 BGB), które nie jest zarazem znakiem granicznym, również nie ulega przedawnieniu (współwłasność, skarga o podział wspólności).

Jakież więc roszczenia ulegają przedawnieniu? Czy wszystkie pominięte w § 924 BGB?

Przedewszystkiem wątpliwości nasuwa pominięcie § 906 BGB. Wiemy już (por. dział IV. rozdz. 1, str. 108/9), iż przepis ten sformułowano negatywnie (»nie może zakazać«) jako ograniczenie prawa właściciela wykluczenia cudzych oddziaływań na rzecz. Tak więc przepis ten udziela oddziaływującemu na cudzą nieruchomość, jeśli nie przekracza granic w § 906 BGB zakreślonych, roszczenia przeciw właścicielowi, by nie przeciwstawiał się tym oddziaływaniom. Ponieważ roszczenie to skierowane jest na zaniechanie pewnych czynności przez zobowiązanego, przeto w myśl § 198 BGB bieg przedawnienia zaczyna się z chwilą naruszenia obowiązku przez pozytywną czynność zobowiązanego sprzeczną z nakazanem

---

[1] Wolff l. c. § 56, str. 167.

zaniechaniem, tj. gdy właściciel zabroni oddziaływań. Czas przedawnienia wynosi 30 lat (§ 195 BGB).

Wiadomo, że przepis § 906 BGB zawiera a contrario zakaz nadmiernych oddziaływań pośrednich. Zakaz ten pokrywa się z t. zw. negatywną stroną prawa własności (§ 903 BGB). Dotyczy zaś własności gruntowej, zaczem w myśl § 902 BGB roszczenie właściciela o zaniechanie nadmiernych oddziaływań pośrednich nie przedawnia się, gdyż wynika z prawa wpisanego do ksiąg gruntowych.

§ 910 BGB uprawnia właściciela gruntu do ścięcia korzeni i gałęzi przekraczających granicę w drodze pomocy własnej i zawłaszczenia ich tym sposobem. Nie zawiera więc żadnego roszczenia (Anspruch § 194 BGB) wobec właściciela drzewa, a tylko roszczenia ulegają w prawie niemieckiem przedawnieniu [1]. Roszczeniem nie jest wyznaczenie przez właściciela gruntu odpowiedniego czasokresu dla usunięcia gałęzi właścicielowi drzewa, czego domaga się § 910 BGB; wyznaczenie to stanowi tylko warunek nabycia przez właściciela gruntu uprawnienia do samodzielnego ścięcia gałęzi zwisających przez linję graniczną.

Przepis § 911 BGB łączy z upadkiem owoców z drzewa lub krzewu na grunt sąsiada nabycie przez tegoż własności spadłych owoców. Nie wynikają więc z przepisu tego bezpośrednio żadne roszczenia.

W § 924 BGB nie wymieniono roszczenia opartego na § 912 BGB, tj. roszczenia o znoszenie części budowli przekraczającej granicę. Powstaje więc pytanie czy roszczenie to ulega przedawnieniu. Odpowiedź twierdząca nie da się utrzymać. Obowiązek znoszenia części budowy przekraczającej granicę (Überbau) powstaje wówczas, gdy właściciel gruntu sąsiedniego przekroczy granicę przy budowie bez złego zamiaru lub grubego niedbalstwa, a właściciel zabudowanego gruntu nie sprzeciwi się temu ani przed przekroczeniem granicy ani zaraz (sofort) potem. Widać stąd, że właściciel zabudowanego gruntu traci roszczenie negatoryjne o usunięcie części budowli, przekraczającej granicę przez t. zw. przemilczenie, gdy odrazu nie sprzeciwi się zabudowaniu swego gruntu [2]. Nie da się pomyśleć by roszczenie to nabył na nowo skutkiem

---

[1] Cosack, Lehrbuch t. I. 1913 § 74, str. 296.
[2] Wolff l. c. str. 159/60.

tego, iż minęło 30 lat odkąd właściciel gruntu zabudowanego począł domagać się usunięcia części budynku, postawionej na jego gruncie (§ 198 BGB).

Roszczenie o rentę za zabudowanie gruntu (Überbau) przysługujące właścicielowi gruntu wobec właściciela budynku (§§ 912 ust. 2, 913 i 914 BGB), przedawnia się po upływie 30 lat od przekroczenia granicy przez budowlę na równi z ciężarem realnym (Reallast § 914 ust. 2 i 3 oraz 195 i 198 BGB). To samo odnosi się do roszczenia o rentę jako odszkodowania za drogę konieczną (§ 917 ust. 2 BGB).

W § 924 BGB pominięto przepisy o prawie współużywania urządzeń granicznych zawarte w §§ 921 i 922 BGB. Znajdujemy tam domniemanie, iż właściciele gruntów przylegających są uprawnieni wspólnie do używania miedzy, rowu, muru czy płotu przedzielającego ich nieruchomości. Stosunek prawny obu sąsiadów normują przepisy o wspólności zawarte w §§ 741—758 BGB. Dlatego też przedawnienie może zajść tutaj tylko odnośnie do roszczenia o współużywanie z § 743 ust. 2 BGB a więc w 30 latach (§ 195 BGB) od chwili, gdy sąsiedni właściciel przeszkodził sąsiadowi we współużywaniu (§ 198 BGB)

Ze współwłasności drzewa rosnącego na granicy (§ 923 BGB) wypływają, w razie naruszenia przez osoby trzecie, zwykłe roszczenia z własności (§§ 985 i 1004 BGB), a współwłaściciele między sobą mają roszczenia ze wspólności prawnej (Gemeinschaft §§ 741—758 BGB). Podczas gdy roszczenia z §§ 985 i 1004 BGB oraz roszczenie o udział w owocach z drzewa (§ 923 ust. 1 BGB) ulegają przedawnieniu zwykłemu w 30 latach (§ 195 BGB), to roszczenie o zniesienie wspólności przez ścięcie drzewa przedawnieniu wogóle nie ulega (§ 924 (758) BGB)

Kodeks cywilny szwajcarski nie zawiera żadnych przepisów o przedawnieniu roszczeń z prawa rzeczowego. Ani własność gruntowa (art. 666 ZGB) ani prawo własności na ruchowościach (art. 729 ZGB), podobnie jak ograniczone prawa rzeczowe tj. służebności gruntowe (art. 734—736 ZGB), użytkowanie (art. 748 ZGB), ciężary gruntowe (art. 786—790 ZGB), zastaw gruntowy (art. 801 ZGB) i zastaw ręczny (art. 888—890 ZGB) — nie gasną przez przedawnienie, gdyż powołane przepisy ustawy cywilnej szwajcarskiej nie znają takiego sposobu ich zgaśnięcia (Untergang), a nawet art. 790 ZGB wyraźnie stanowi, iż ciężar gruntowy nie ulega

przedawnieniu, i tylko poszczególne świadczenia mogą się przedawnić przez upływ czasu od chwili, gdy stały się osobistym długiem zobowiązanego. Ogólny przepis art. 127 szwajcarskiego prawa obligacyjnego z 30. III. 1911 dotyczy tylko roszczeń obligacyjnych (Forderungen) tak dalece, że art. 140 pr. obl. wyraźnie postanawia, że mimo przedawnienia pretensji zabezpieczonej zastawem ręcznym, prawo zastawu można zrealizować. A więc prawa rzeczowe i wynikające z nich roszczenia nie ulegają w prawie szwajcarskiem przedawnieniu[1].

Przedawnienie roszczenia o wynagrodzenie szkody reguluje art. 60 prawa oblig.

Art. 60 brzmi: »Roszczenie o wynagrodzenie szkody (Schadenersatz) lub nawiązkę (Genugtuung) przedawnia się w ciągu roku od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie zobowiązanego do odszkodowania, w każdym zaś razie z upływem 10 lat od dnia, w którym czynność wyrządzająca szkodę nastąpiła.

Jeśli jednak skarga wywodzi się z czynności karalnej, dla której prawo karne przepisuje dłuższy okres przedawnienia, wówczas okres ten odnosi się również do roszczenia cywilnego.

Gdy skutkiem czynności niedozwolonej powstała pretensja do poszkodowanego, może on odmówić wykonania także wtedy gdy przysługujące mu roszczenie z niedozwolonej czynności uległo przedawnieniu«.

Wiemy, że wedle art. 679 ZGB z przekroczenia przez właściciela gruntu swego prawa własności rodzi się roszczenie poszkodowanego, skierowane na usunięcie uszkodzenia (Beseitigung der Schädigung) lub na ochronę przeciw grożącej szkodzie i na wynagrodzenie szkody (Schadenersatz).

Co do tego ostatniego roszczenia (o wynagrodzenie szkody) niema wątpliwości, że ulega ono przedawnieniu w myśl powyżej przytoczonego art. 60 pr. obl. Natomiast roszczenie o usunięcie uszkodzenia należy rozumieć, jak to powyżej (dział X. rozdz. 1, str. 234) omówiono, jako roszczenie o usunięcie przyczyny uszkodzenia i materjalnych skutków czynności, która szkodę wywołała, a wcale nie pokrywa się z odszkodowaniem. Roszczenie to jako bezwzględne nie ulega wogóle przedawnieniu.

---

[1] Rossel-Mentha, Manuel t. II. str. 296.

Die legislative Gestaltung des Nachbarnverhaltnisses gehört zu den schwierigsten Problemen, die es giebt. *Rudolf Ihering.*

CZĘŚĆ TRZECIA.

Dział XI. Projekt przepisów kodeksu cywilnego polskiego dotyczących prawa sąsiedzkiego.

Na zakończenie spróbujemy w miarę skromnych sił naszych dać wyraz ustawodawczy poglądom na prawo sąsiedzkie sformułowanym w tej pracy. Jest to zadanie trudne.

Przedewszystkiem trzeba zastanowić się nad stosunkiem każdej konstrukcji teoretycznej — a więc i tej, którą naszkicowaliśmy w tej pracy — do pracy kodyfikacyjnej wogóle. Chodzi mianowicie o to 1) czy i w jakiej mierze teorje prawne odbijają się w ustawodawstwie i co ważniejsze 2) czy należy tworzyć ustawy w sposób możliwie wolny od teoretycznych rozważań, czy nie.

Jeśli chodzi o pierwsze pytanie musimy stanowczo podkreślić, że zupełny rozdział pozytywnego ustawodawstwa od pojęć i teoryj prawnych jest wprawdzie w zasadzie zupełnie możliwy do wykonania, nasuwa jednak szczególnie w dziedzinie prawa prywatnego niezwykle wielkie trudności. Pochodzi to stąd, że przepisy prawa prywatnego mają starannie ukryty swój imperatywny charakter nakazów i zakazów pod płaszczykiem różnych praw podmiotowych, które się w przeróżny sposób nabywa, zmienia i traci, »praw« wiodących samodzielny żywot, gdyż dowiadujemy się jak się »rodzą«, zmieniają i »giną« czy »gasną«.

Na tle tak zredagowanych ustaw i potocznego języka prawnego zastanawiają się dopiero teoretycy prawa nad tem, czem są owe prawa podmiotowe dochodząc do różnych, lecz niezadawalniających wyników.

Nasuwa się więc nieodparcie chęć wykazania, że ustawy cywilne można pisać inaczej, nie mówiąc na każdym kroku o »prawach« a trzymając się ściśle rzeczywistości społecznej rzeczy i osób, do której dane przepisy się odnoszą.

Lecz nasuwają się równocześnie poważne zarzuty przeciw takiemu przedsięwzięciu. Nie wolno bowiem zapominać, że myślenie potocznego życia i prawników poszło po linji »praw podmiotowych« i jest, wyrażając się językiem Petrażyckiego, »imperatywno-atrybutywne«. To też kodeks, szczególnie cywilny, pisany językiem

wyłącznie imperatywnym przestałby odpowiadać psychice prawnej ludności. Dlatego chcąc dać projekt ustawy, a nie tylko ilustrację teorji imperatywnej, należy stosować się do panujących pojęć.

Przechodząc do odpowiedzi na pytanie drugie wystarczy krótkie: tak. Należy ustawy pisać możliwie niezależnie od teoretycznych poglądów, przyczem akcent położyć trzeba na słowie »możliwie«. Definicyj unikać zupełnie, a nieodzowne często dla krótkości wyrażeń prawnicze terminy techniczne takie jak: uprawnienie, roszczenie, czy obowiązek brać w znaczeniu potocznie używanem, a więc używać słowa »uprawnienie« nietylko dla oznaczenia czynów niezakazanych i nienakazanych wywołujących skutki prawne, lecz również dla oznaczenia chronionej prawnie sfery wolności dokonywania czynów, nie wywołujących w zasadzie żadnych skutków prawnych. Tak też poniżej postąpimy.

Własność. A. Treść prawa własności.

Art. 1 »Właściciel rzeczy może w granicach porządku prawnego rozporządzać nią wedle swej woli.

Innym osobom nie wolno bez zezwolenia właściciela posiadać rzeczy ani oddziaływać na nią«.

Pierwszy ustęp powyższego przepisu odpowiada § 930 BGB i art. 641 ZGB, a wypowiada zasadę wolności właściciela zasadniczo ograniczonej. Wobec tego w skład tak pojętej własności wejść mogą również i obowiązki. Rozwój współczesnych stosunków gospodarczych i państwowych nie pozostawia wątpliwości, iż liberalizm gospodarczy, którego odpowiednikiem prawnym jest zasadniczo nieograniczna własność prywatna należy w znacznej mierze do przeszłości. Można nad tem ubolewać, lecz musi się z tem liczyć. Dlatego przyjęliśmy konstrukcję antyliberalistyczną.

Natomiast nierealną jest koncepcja własności skrajna, uniwersalistyczna, która każe ją pojmować wyłącznie jako mandatum czy lenno nakładające na właściciela same obowiązki w interesie społecznym, gdyż psychika prawna społeczeństw współczesnych nie pozbędzie się tak łatwo zakorzenionych pojęć o własności jako najważniejszem »z praw podmiotowych« jednostki, pojęć na których wyrosła cała współczesna cywilizacja europejska. Dlatego tylko kompromisowe wyjście jest realne, a to w drodze ograniczenia prawa własności i wprowadzenia doń również i obowiązków.

Ustęp 2, art. 1 zawiera, odmiennie niż wszystkie cztery omawiane w pracy tej kodeksy, wyraźnie sformułowany ogólny zakaz

oddziaływania na rzecz będącą cudzą własnością i objęcia jej w posiadanie bez zezwolenia właściciela — zwrócony do wszystkich osób podlegających danemu porządkowi prawnemu. Jest to sformułowanie prawniczo trafne i nie wiodące do błędnych wniosków, do których prowadzi t. zw. ius prohibendi właściciela przyjęte przez wszystkie kodeksy wyżej rozpatrywane.

B. Własność gruntowa.

Art. 2. »Własność gruntu obejmuje zarówno podziemie jak i przestrzeń nad gruntem aż po granice, do których sięga interes właściciela w wykonywaniu prawa własności«.

Art. 2 odpowiada art. 667 ZGB ust. 1. Użycie niepięknego i niepolskiego wyrazu »interes« tłomaczy się trudnością zastąpienia go przez wyrażenie inne. »Korzyść« nasuwa skojarzenia wyłącznie gospodarcze, a interes może być również niemajątkowy estetyczny, naukowy czy inny. Zwrot zaś »zależy właścicielowi na wykonywaniu własności« oznacza pewien subjektywny stan psychiczny, którego u właściciela, zaniedbującego gospodarstwo, może braknąć.

Samo zaś ograniczenie przestrzennego zasięgu prawa własności wgłąb i wzwyż do obszaru, na który rozpościera się interes właściciela w wykonywaniu swego prawa, tłomaczy się rozwojem komunikacji lotniczej i karykaturalnemi konsekwencjami, do których prowadzi nieograniczoność przestrzenna własności (»od środka kuli ziemskiej aż po błękit nieba«).

Przepis ten nie dotyka wogóle sprawy przynależności budynków, plonów, drzew i innych roślin, gdyż kwestję tę należy unormować osobno bądź w części ogólnej kodeksu cywilnego bądź na wstępie prawa rzeczowego. Do części ogólnej kodeksu należy również zakaz szykany, któremu należy zd. n. nadać następującą formę:

Art..... »Niedozwolone jest wykonywanie swego prawa w sposób wykraczający przeciw dobrym obyczajom i zmierzający widocznie do wyrządzenia szkody innej osobie (nadużycie prawa)«.

Oddziaływanie na grunt sąsiedni:

Art. 3. »Właścicielowi wolno, gospodarując na swym gruncie, oddziaływać na grunty sąsiednie przez dym, gazy, hałasy, wstrząśnienia, ciepło i t. p. tylko o tyle, o ile przez to nie uszczupla istotnie możności używania gruntu sąsiedniego w zwykły sposób miejscowy, lub nie przekracza zwyczajnej w danem miej-

scu miary tego rodzaju oddziaływań. Niedopuszczalne jest w żadnym wypadku bezpośrednie skierowanie na grunt sąsiada takich oddziaływań«.

Przepis ten sformułowaliśmy jako ograniczone pozwolenie, z którego zakaz wynika wprost a contrario. Pozwolenie to stanowi wyłom w t. zw. negatywnej stronie prawa własności. Ten sposób wyrażenia wydaje się najprostszy i najbardziej jasny. Wzorem prawa austrjackiego (§ 364 ust. 2 ABGB w brzmieniu § 11 noweli III.) przyjęto dwa warunki dozwolonych oddziaływań 1) dotyczący gruntu, na który się oddziaływa i chroniący zwykły w danem miejscu sposób używania go oraz 2) dotyczący gruntu, z którego oddziaływania pochodzą a powtarzający innemi słowy tę samą myśl, iż ustawa dozwala tylko zwykłego tj. normalnego w danem miejscu gospodarowania na gruncie.

Połączono te dwa warunki słówkiem »lub« a więc wystarcza spełnienie jednego z dwóch warunków, by oddziaływanie było dozwolonem, przyczem oczywiście nie przestaje ono być niem wówczas, gdy oba warunki są spełnione. Tak więc wolno np. założyć obok ornego pola sąsiada strzelnicę zabezpieczoną przeciw przedostaniu się kul. gdyż sam huk strzałów chociaż przekracza zwykłą miarę miejscową (warunek 2) niespełniony), jednak nie uszczupla w niczem gospodarki na gruncie ornym (warunek 1) spełniony). Podobnie wolno np. w dzielnicy przemysłowej uniemożliwić sadzą, unoszącą się z komina fabryki — sąsiedniej pralni parowej, suszenie bielizny na podwórzu otwartem, gdyż sadza i dym z komina nie przekraczają w dzielnicy fabrycznej zwykłej miary oddziaływań sąsiedzkich.

Nie przyjęto w powyższym art. 3 za wzorem art. 684 ZGB, by wszelkie szkodliwe oddziaływania były zakazane, jeśli są nieusprawiedliwione położeniem i naturą gruntów lub zwyczajem miejscowym, gdyż 1) nieznacznej szkody wogóle nie można uwzględnić, a nadto 2) nie można zakazać na wsi założenia na swym gruncie hodowli drobiu dlatego, że obok postawiono sanatorjum, któremu szkodzi pianie kogutów, gdakanie kur i chóralne gęganie gęsi. Hodowla drobiu, jeśli jest prowadzona na większą skalę, może uchodzić nawet na wsi za zakład, przekraczający w swych oddziaływaniach zwykłą miarę miejscową. W naszym jednak wypadku trudno przyznać właścicielowi sanatorjum ochronę negatoryjną przeciw sąsiadującemu z nim hodowcy drobiu, gdyż

użycie gruntu wiejskiego na budowę i prowadzenie sanatorjum nie jest używaniem tegoż gruntu w zwykły sposób miejscowy.

Drugie zdanie art. 3 odnosi się do bezpośredniego skierowania oddziaływań pośrednich na grunt sąsiedni, czego jednak nie należy (jak już w dziale IV. rozdz. 1 str. 102 i nast. podniesiono) utożsamiać z oddziaływaniami bezpośredniemi. Specjalne unormowanie oddziaływań pośrednich ze strony zakładów przemysłowych, ograniczające jeszcze bardziej ochronę własności, należy do prawa przemysłowego a nie do ustawy cywilnej. Odnośny przepis art. 20 rozp. Prez. Rp. z 7. VI. 1927 o prawie przemysłowem (nr. 53 poz. 468 Dz. u. Rp.), uprawniający właściciela gruntu narażonego na szkodliwe lub przykre oddziaływania zakładu przemysłowego do żądania od przedsiębiorcy w pierwszym rzędzie zastosowania urządzeń technicznych, któreby je usunęły, a dopiero w drugim rzędzie na wypadek niewykonalności takich urządzeń przyznający mu odszkodowanie — jest zupełnie odpowiedni i żadnej nie wymaga zmiany.

Pogłębianie gruntu.

Art. 4. »Nie wolno gruntu pogłębiać w ten sposób, by grunt lub budynek sąsiada stracił potrzebną podporę, chyba że postarano się o inne dostateczne umocnienie«.

Ten przepis odpowiada § 364 lit. b ABGB w brzmieniu § 12 noweli III. z tą różnicą, że zamiast słowa »posiadacz« gruntu wybrano formę nieosobową »postarano się«, gdyż dla sąsiedniego właściciela jest obojętne, kto przedsięwziął środki techniczne, zapobiegające obsuwaniu się ziemi, i gdy niebezpieczeństwo to nie zachodzi, nie ma roszczenia negatoryjnego o zaprzestanie robót.

Wyrastające poza granicę gałęzie i korzenie.

Art. 5. »Właściciel może ściąć i zachować dla siebie gałęzie i korzenie cudzego drzewa lub krzewu wyrastające z sąsiedniego gruntu, jeśli uszczuplają możność użytkowania gruntu i nie zostaną usunięte w ciągu stosownego czasokresu«.

Rozróżnienia między uprawnieniem ścięcia korzeni a uprawnieniem dotyczącem gałęzi, które znajdujemy w art. 672 C. c. i § 910 BGB (gdzie korzenie wolno właścicielowi gruntu wyrywać bez wyznaczenia właścicielowi drzewa stosownego czasokresu do ich usunięcia, a gałęzie dopiero po bezskutecznym upływie takiego czasokresu) nie przyjęto, gdyż nie ma dostatecznego uzasadnienia.

Instytucji t. zw. prawa Anries z ust. 2 art. 678 ZGB nie przejęto do projektu, gdyż wobec poziomu kulturalnego naszej ludności włościańskiej prowadziłaby do nadużyć, gdyż właściciel gruntu, nad którym zwieszają się gałęzie z owocami zrywałby nietylko z nich owoce, lecz z całego drzewa co znów byłoby wspaniałą okazją do sporów i bójek. Z podobnych względów nie wprowadzono w ślad za § 911 BGB domniemania iuris ac de iure, iż owoce spadłe bez użycia sztucznych środków na grunt sąsiedniego właściciela są owocami tegoż gruntu. Rzecz jasna, że domniemanie iuris ac de iure z ust. 2 art. 5 czyni owoce te od chwili upadku rzeczą cudzą dla właściciela drzewa a zebranie ich przez niego z sąsiedniego gruntu kradzieżą, a tę konsekwencję należy uznać za sprzeczną z przekonaniem prawnem naszej ludności włościańskiej. Istnienie samo przepisu o przejściu na sąsiada własności owoców spadłych naturalnie na jego grunt stanowiłoby zbyt silną pokusę, by nieco pomóc naturze przez potrząsanie drzewem i t. p. a więc zarzewie zatargów sąsiedzkich.

Budowy przekraczające granicę.

Art. 6. »Gdy właściciel nieruchomości, stawiając budowlę, przekroczy granicę w dobrej wierze, a sąsiedni właściciel nie sprzeciwi się temu odrazu, wówczas winien budowlę tę znosić za jednorazowem stosownem odszkodowaniem.

Art. 7. Właściciel zabudowanego gruntu może zamiast tego żądać każdego czasu, by właściciel budowy przekraczającej granicę przejął grunt zajęty pod budowę na własność za zapłatą wartości tegoż z czasu zabudowania. Do powstających stąd praw i obowiązków stron należy stosować analogicznie przepisy o kupnie — sprzedaży«.

Artykuły powyższe odpowiadają z pewnemi zmianami §§ 912 i 915 BGB. Rygor znoszenia na swym gruncie cudzego budynku (art. 6) lub zgoła przymusowej faktycznie utraty części swej własności (art. 7) jest tak srogi, że usprawiedliwić go może tylko wzgląd na utrzymanie istniejących już budynków i zapobieżenie znacznym szkodom ekonomicznym przez burzenie części ich, postawionych w dobrej wierze na cudzym gruncie. Brak sprzeciwu [1] ze strony właściciela zabudowanego gruntu jest skuteczny również wówczas, gdy ten nie wiedział o przekroczeniu granicy przy bu-

[1] Sprzeciw może nastąpić również ustnie.

dowaniu, wystarcza, iż przekroczenie to można było zauważyć. Jest to dalsza surowość ustawy względem niego.

Natomiast przyznano mu wybór między odszkodowaniem stosownem i jednorazowem (renta z §§ 912—916 BGB jest niepotrzebną komplikacją), które przypada mu ex lege a uprawnieniem-roszczeniem o przejęcie własności zabudowanego kawałka gruntu za zapłatą jego wartości. Nawet przyjąwszy odszkodowanie nie traci właściciel zabudowanego częściowo gruntu uprawnienia-roszczenia z art. 7. Instytucję operis novi nuntiationis z §§ 340—342 ABGB pomijamy zupełnie, gdyż cel któremu służy, osiąga się w zupełności zapomocą zarządzeń tymczasowych przed wytoczeniem powództwa (art. 837—862 kpc.).

Niebezpieczeństwo ze strony budynku.

Art. 8 »Właściciel gruntu, któremu ze strony cudzego budynku lub innej budowli zagraża szkoda, może żądać od właściciela tejże, by przedsięwziął środki potrzebne do odwrócenia niebezpieczeństwa«.

Jest to przerobiony art. 59 szwajcarskiego prawa obligacyjnego z 30. III. 1911. — § 343 ABGB dozwala żądać tylko zabezpieczenia ewentualnej szkody, nie stwarza więc dostatecznej gwarancji, że szkoda rzeczywiście nie nastąpi. Natomiast § 908 BGB niepotrzebnie zd. n. wdaje się w szczegóły wymieniając prócz groźby zawalenie się budynku lub innego urządzenia (Werk), złączonego z gruntem sąsiednim, nadto jeszcze niebezpieczeństwo oderwania się części budynku lub dzieła, co w brzmieniu naszego art. 5 objęto krótkim ogólnym zwrotem »ze strony cudzego budynku lub innej budowli zagraża szkoda«. Zobowiązanym do przedsięwzięcia środków zabezpieczających jest wyłącznie właściciel, inaczej niż w kodeksie niemieckim, gdzie zobowiązanemi są osoby, które w razie zawalenia się lub oderwania części odpowiadają za szkodę. System szwajcarski jest prostszy i niema obawy, by właściciel, którego dom obciąża np. służebność użytkowania lub mieszkania, służąca innej osobie, natrafił na sprzeciw u uprawnionego z takich służebności. Zależy od stosunku prawnego łączącego właściciela z posiadaczem budynku, czy właściciel może żądać od posiadacza zwrotu kosztów wyłożonych na techniczne środki zapobiegające szkodzie sąsiada.

Przepisów o odległościach ustawowych dla drzew (art. 671 C. c.) lub urządzeń wywołujących przykre oddziaływania (art. 674 C. c.)

nie przyjęto do naszego projektu, gdyż oświadczamy się za systemem wolności sadzenia i utrzymywania drzew i krzewów przyjętym w § 907 ust. 2 BGB, a unormowanie odległości chlewów, obór, dołów ustępowych i t. p. od granicy lub budynku sąsiada należy do prawa budowlanego, gdzie zajęło sporo miejsca (rozp. Prez. Rp. z 16. II. 1928 o prawie budowlanem nr. 23, poz. 202 Dz. u. Rp).

Przepisy kodeksu Napoleońskiego o widoku na własność sąsiada (art. 675—680 C. c.) średniowieczne swem pochodzeniem a małomieszczańskie z ducha nie nadają się do przejęcia do współczesnego kodeksu cywilnego, gdyż mogą pokrzyżować racjonalne zabudowanie osad miejskich wymagające zupełnego wyzyskania miejsca i najszerszego dostępu światła do wszystkich lokali.

Drogi konieczne.

Art. 9. »Właściciel gruntu, któremu brak dostatecznego dla normalnej gospodarki połączenia z drogą publiczną, może żądać od sąsiadów, by mu za pełnem odszkodowaniem udzielili drogi koniecznej przez swe grunty.

Roszczenie to zwraca się przedewszystkiem przeciw sąsiadowi, od którego ze względu na dawne stosunki własności i dawne połączenia drogowe można w pierwszym rzędzie wymagać drogi koniecznej, następnie zaś przeciw temu, któremu droga ta najmniej przyniesie szkody.

Należy przestrzegać interesu obu stron wyznaczając drogę konieczną.

Drogę konieczną należy uwidocznić w księdze gruntowej«.

Jest to art. 694 ZGB przejęty z nieznacznym dodatkiem. Pozostawia on coprawda nierozstrzygniętą kwestję na czem polegać ma »droga konieczna« czy na prawie przechodu, przejazdu i przegonu czy też na założeniu bitej drogi. N. zd. jest to najlepsze wyjście, albowiem strony względnie sędzia w każdym konkretnym wypadku wybiorą wyjście odpowiednie dla sposobu gospodarki zarówno na gruncie odciętym jak i na gruntach, przez które prowadzić ma »droga konieczna« na gościniec publiczny.

Nadanie drodze koniecznej charakteru służebności w ślad za austrjacką ustawą z 7. VI. 1896 nr. 140 dzpp uważamy za niewskazane. Należałoby jednak przy wprowadzeniu polskiej ustawy hipotecznej pomyśleć o uwidocznieniu dróg koniecznych w księgach gruntowych.

Pokrewny drodze koniecznej obowiązek znoszenia przewózki drzewa i produktów lasowych przez grunty przyleśne należy do ustawy lasowej.

P r z e w o d y.

Art. 10. »Właściciel gruntu ma obowiązek dozwolić przeprowadzenia przez swój grunt podziemnych lub nadziemnych przewodów na wodę, gaz, ropę czy prąd elektryczny za uprzedniem pełnem odszkodowaniem, jeśli przewodów tych nie można przeprowadzić inaczej bądź wogóle, bądź tylko niestosunkowym kosztem.

Przewody te należy uwidocznić w księdze gruntowej.

Nie można domagać się zastosowania tego przepisu, gdy ustawy szczególne przewidują drogę wywłaszczenia«.

Art. 11. »Należy mieć wzgląd na interes obciążonego przewodami gruntu.

Właściciel tegoż gruntu może żądać, by mu odjęto własność gruntu, nad którym mają być przeprowadzone przewody, w odpowiednim rozmiarze za pełnem odszkodowaniem, jeśli okoliczności tego wymagają«.

Art. 12. »Gdy stosunki się zmienią obciążony właściciel może żądać przełożenia przewodów w inne miejsce, a to w zasadzie na koszt uprawnionego«.

Przewody gazowe, wodne, ropne czy elektryczne nabierają przez rozwój techniki coraz większej doniosłości gospodarczej. Nie zawsze wystarcza droga wywłaszczenia administracyjnego.

Dlatego też należało recypować art. 691—693 ZGB, które zawierają oryginalne szwajcarskie prawo przewodów, jako część prawa sąsiedzkiego.

O z n a c z e n i e g r a n i c.

Art. 13. »Właściciel gruntu może żądać od sąsiada, aby współdziałał w oznaczeniu granicy stałymi znakami granicznemi, a w razie przesunięcia lub zniszczenia znaków, w odnowieniu ich na wspólny koszt. Oznaczenia granic dokonywa się wobec naczelnika gminy lub jego zastępcy w sposób zwyczajem miejscowym wskazany«.

Art. 14. »Jeśli granica jest sporna lub zatarta, ustali ją sąd na wniosek jednego z sąsiadów w postępowaniu niespornem na miejscu, a to na podstawie zbadania dokąd sięga prawo własności każdego z nich a ewentualnie na podstawie stanu ostatniego spokojnego posiadania. Gdyby i tego ustalić się nie dało, sąd ustali

granicę na podstawie swego słusznego uznania przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności i przeprowadzonych dowodów.

Po prawomocności tego orzeczenia nie można dochodzić w drodze sporu prawa własności gruntu położonego poza ustaloną granicą«.

Należy odróżnić dwa wypadki: 1) Granica jest niesporna, lecz całkiem nieoznaczona w terenie lub niedostatecznie oznaczona. Wówczas wystarczy interwencja naczelnika gminy w czasie oznaczania granicy w terenie na wniosek jednego z sąsiadów (art. 13).

2) Granica jest sporna między sąsiadami lub tak zatarta, że żaden z nich nie wie, którędy przebiega. W tym wypadku konieczna jest interwencja sądu [1]. Wypadało wybrać spór graniczny (actio finium regundorum) albo niesporne postępowanie. Wprowadzono je nowelą II. do ABGB (rozp. ces. z 22. VII. 1915 nr. 208 dzpp.) w b. Austrji a więc i na terenie Małopolski. Ma ono znaczną wyższość nad normalnym sporem, gdyż jest szybsze i znacznie tańsze. Zalety bardzo wielkie wobec częstości zatargów granicznych. Nowela austrjacka uznała w § 4 dopuszczalność dochodzenia praw stron w drodze sporu tylko wówczas, gdy sąd ustalając granicę w myśl § 851 ABGB orzeknie, iż wartość spornej powierzchni przekracza kwotę 100 K, podczas gdy projekt komisji Izby Panów uznał nieograniczone niczem uprawnienie stron dochodzenia swych praw w drodze procesu sądowego.

Prowizoryczność sądowego ustalenia granicy jest niepożądana, gdyż popiera pieniactwo, dlatego też przyjęliśmy w art. 14 wykluczenie drogi sporu o prawomocnie ustalone granice. Należało w tym celu zmienić podstawę takiego orzeczenia. Sąd winien zatem ustalić granicę opierając się w pierwszym rzędzie na udowodnionem zasięgu przestrzennym prawa własności każdego z sąsiadów, a dopiero gdy te dowody zawiodą, wziąć za podstawę ostatni spokojny stan posiadania a w trzecim dopiero rzędzie podzielić sporny obszar wedle słuszności. Należy wobec definitywności orzeczenia ustalającego granicę w postępowaniu niespornem pomyśleć o wprowadzeniu apelacji również i do tego postępowania w miejsce rekursu, przynajmniej dla spraw granicznych.

Pominięto natomiast przepisy o rozprawie i kosztach sądo-

---

[1] Wbrew zdaniu S. K., T. zw. sprostowanie granic w praktyce sądowej. Przegl. sąd. I. nr. 8, str. 3/5.

wych (§ 850 in fine i § 853 ABGB wedle §§ 1 i 3 II. noweli) gdyż miejsce dla nich jest w procedurze niespornej a nie w prawie materjalnem.

Współwłasność urządzeń granicznych.

Art. 15. »Urządzenia odgraniczające stykające się nieruchomości (mury, żywopłoty, parkany, miedze, rowy i t. p.) uchodzą za wspólną własność obu sąsiadów, jeśli zewnętrzne oznaki nie wskazują na wyłączną własność jednego z nich«.

Art. 16. »Każdemu z sąsiadujących właścicieli wolno używać urządzenia granicznego zgodnie z celem, któremu służy, jednak bez uszczuplenia używania służącego drugiemu«.

Art. 17. »Żadnemu z sąsiadów nie służy roszczenie o podział wspólności.

Jeśli o mur wspólny oparto budynek jednego z sąsiadów wówczas sąsiad ten nie może zrzec się współwłasności muru«,

Art. 18. »Każdy właściciel, sąsiadujący z murem, może uczynić go wspólnym w całości lub części płacąc właścicielowi muru połowę jego wartości lub połowę wartości części, którą chce wspólną uczynić, oraz połowę wartości gruntu, na którym mur zbudowano«.

Art. 19. »Współwłasność murów należy uwidocznić w księdze gruntowej«.

W art. 15 przyjęto domniemanie współwłasności urządzeń granicznych a nie jak to czyni § 921 BGB jedynie współużywanie ich przez przytykających właścicieli. Wobec tego odpadła konieczność szczegółowego unormowania stosunków prawnych dotyczących tej kwestji, gdyż stosuje się przepisy o współwłasności. Ma to znaczenie również dla kwestji czy każdemu ze współwłaścicieli muru granicznego wolno mur ten podwyższyć, jak to przewiduje art. 658—660 C. c. Ponieważ w przepisach polskiego kodeksu cywilnego o współwłasności znajdzie się niewątpliwie postanowienie analogiczne z § 835 ABGB (o rozstrzyganiu sporów między współwłaścicielami odnośnie do ważnych zmian w przedmiocie współwłasności przez los, rozjemcę, lub sędziego), przeto nie trzeba było sprawy podwyższania wspólnego muru poruszać w projekcie naszym.

Natomiast przejęto art. 661 C. c. uprawniający sąsiada do nabycia współwłasności muru wbrew woli właściciela jednostronną czynnością prawną, gdyż przemawiają za nim ważne względy go-

spodarcze, nakazujące unikać zbędnej budowy podwójnego muru tam gdzie jeden wystarczy dla dwóch budynków.

Wykluczenie skargi o podział wspólności, które wynika z przeznaczenia urządzeń granicznych dla stałego celu (por. art. 650 ZGB) i obopólnej korzyści sąsiadów, należało w art. 17 ust. 1 wyraźnie wypowiedzieć jako odchylenie od zwykłej współwłasności. Odchyleniem takiem jest również wykluczenie uprawnienia do zrzeczenia się wspólności (nawet bez równoczesnego podnoszenia jakichkolwiek roszczeń majątkowych) (art. 17, ust. 2) w wypadku, gdy mur wspólny podtrzymuje dom właściciela pragnącego uchylić się od obowiązku współwłasności, lecz faktycznie nadal z muru korzystać. Spośród różnych urządzeń granicznych wymienionych przykładowo w art. 15 tylko współwłasność granicznych murów posiada tak znaczną gospodarczą doniosłość, iż zaleca się uwidocznienie jej w księdze gruntowej (art. 19). Bliższe określenie jak to ma nastąpić, gdzie i z jakim skutkiem prawnym, należy pozostawić przyszłej polskiej ustawie hipotecznej.

Nie wprowadzamy do projektu tego obowiązku ogrodzenia domów, dziedzińców, ogrodów w miastach i przedmieściach z art. 663 C. c. (ani podobnego obowiązku z § 858 ABGB). Obowiązek ogrodzenia działek gruntowych n. zd. należy do ustawodawstwa budowlanego.

Drzewo rosnące na granicy.

Art. 20. »Drzewo rosnące na granicy jest wspólną własnością sąsiadów w równych częściach.

Roszczenie o usunięcie go jest wykluczone, gdy drzewo stanowi znak graniczny i nie da się zastąpić w danych warunkach innym odpowiednim znakiem granicznym«.

Osobno mówimy o drzewie rosnącym na granicy, gdyż współwłasność sąsiadów istniejąca na niem nie odbiega wiele od typu zwykłej współwłasności pro indiviso. Istnieje więc każdocześnie roszczenie o podział wspólności przez ścięcie i podział drzewa in natura z wyjątkiem wprowadzonym w ust. 2, art. 20 ze względu na stosunki w okolicach nawiedzanych częstemi wylewami rzek lub wogóle bagnistych i podmokłych jak np. Polesie.

Nie trzeba specjalnie zaznaczać w ustawie (jak to czyni § 923 BGB), że owoce przypadają sąsiadom w równych częściach ani, że koszty ścięcia ponoszą po połowie i mogą żądać ścięcia każdej chwili, ani też, że współwłaściciel może zrzec się swego

udziału, a wówczas uwalnia się od ponoszenia kosztów ścięcia, gdyż wszystko to wynika bądź z samego pojęcia współwłasności bądź z przyjętego tekstu art. 20.

Poszukiwanie rzeczy i zwierząt.

Art. 21. »Jeśli rzeczy dostały się przez przypadek lub działanie siły przyrody na cudzy grunt właściciel winien dozwolić uprawnionemu, by rzeczy odszukał i sobie odebrał.

To samo odnosi się do zbiegłych zwierząt domowych, swojskich i oswojonych. Właściciel gruntu może żądać wynagrodzenia szkody przez to poniesionej. Służy mu prawo zatrzymania rzeczy lub zwierząt aż do wynagrodzenia szkody«.

Jest to art. 700 ZGB szerszy od prawa sąsiedzkiego, albowiem uprawnia nietylko sąsiadów t. j. właścicieli sąsiednich gruntów do wkroczenia na cudzy grunt, lecz wogóle wszystkich uprawnionych, mimo to w regule wychodzi przedewszystkiem na korzyść sąsiadów.

Prawo retencji udzielone ustawą właścicielowi gruntu, na który rzeczy się dostały, dla zabezpieczenia roszczeń o wynagrodzenie szkody zrządzonej poszukiwaniem i zabraniem rzeczy czy zwierząt — nie jest idealnem rozwiązaniem ustawodawczem, gdyż łatwo doprowadzić może do ostrych konfliktów i zatargów, gdy właściciel gruntu szacuje swą szkodę nadmiernie wysoko, a właściciel rzeczy lub zwierzęcia nieodzownie ich potrzebuje. Mimo to nie można skierować poszkodowanego właściciela gruntu na długą drogę ewent. sporu sądowego i często bezskutecznej egzekucji.

Przepisów o prawie własności na wodach prywatnych oraz o ich użytkowaniu a w szczególności o wodach opadowych i odpływie ze źródeł (actio aquae pluviae arcendae), o wodzie podziemnej i studniach, o wodach płynących, o odwodnieniu i nawodnieniu i wynikających stąd obowiązkach sąsiadujących ze sobą właścicieli gruntów — nie zamieszczamy w projekcie naszym, gdyż materję tę uregulowało szczegółowo i wyczerpująco prawo wodne (ust. z 19. IX. 1922 nr. 24 poz. 205 Dz. u. Rp. w brzmieniu rozp. z 13. IV. 1928 nr. 62 poz. 574 Dz. u. Rp.). O ile nam wiadomo polska ustawa wodna nie wywołuje w praktyce żądań nowelizacji jej a potrzebom rolnictwa i żeglugi wodnej w pełni czyni zadość.

Postanowienia ogólne.

Art. 22. »Powyższe ograniczenia prawa własności istnieją bez wpisu do ksiąg gruntowych, gdy ustawa nie stanowi inaczej.

Zniesienie ich lub zmiana przez czynność prawną nastąpić może tylko w formie dokumentu publicznego i wpisu do ksiąg gruntowych«.

Art. 23. »Roszczenia wynikające z postanowień art. 7, 9, 10, 11 ust. 2, 12, 13, 14 i 18 nie ulegają przedawnieniu«.

Art. 24. »Kto doznał szkody wskutek przekroczenia przez właściciela gruntu swego prawa własności lub komu przez to grozi szkoda, może wnieść pozew o usunięcie przyczyny i skutków uszkodzenia, lub o ochronę przeciw grożącej szkodzie, i o wynagrodzenie szkody, której doznał«.

W powyższych postanowieniach ogólnych wypowiadamy się, w ślad za art. 680 ZGB, za zbędnością wpisu hipotecznego dla istnienia prawnego ograniczeń czy raczej granic prawa własności, wypływających z przepisów prawa sąsiedzkiego. Jedynie dla drogi koniecznej (art. 9 ust. 4) i przewodów (art. 10 ust. 2) i współwłasności murów granicznych (art. 19) przyjęliśmy obowiązek »uwidocznienia« ich w księdze gruntowej. Przyszła polska ustawa hipoteczna mogłaby niewinnie brzmiące »uwidocznienie« zamienić na sposób nabycia tych praw przez wpis, lecz byłoby to niepraktyczne i dlatego niepożądane. Należy tylko wprowadzić deklaratoryjne uwidocznienie praw tych w księgach gruntowych w formie adnotacji zarówno w wykazie gruntu obciążonego jak i w wykazie gruntu uprawnionego, gdy chodzi o drogę konieczną i prawo przewodów, zaś w wykazach obu stykających się gruntów, gdy mowa o współwłasności muru granicznego, a to celem poinformowania ewent. nabywców i wierzycieli. Jest to zbyteczne dla obowiązku znoszenia części cudzego budynku przekraczającego granicę (art. 6), gdyż okoliczność ta jest dostatecznie widoczną na samym gruncie.

Znaczne utrudnienie zmiany w drodze umowy obowiązków i roszczeń, wypływających z prawa sąsiedzkiego, wprowadzone ust. 2 art. 22 tłomaczy się ważnemi względami dobra społecznego, którym przepisy sąsiedzkie zawdzięczają swe powstanie i które mają na oku.

To samo wywołało wykluczenie przedawnienia następujących roszczeń z prawa sąsiedzkiego, zawarte w art. 23: 1) roszczenia właściciela gruntu zabudowanego z przekroczeniem granicy — o przejęcie zajętego pod budowę kawałka gruntu na własność przez sąsiedniego właściciela budynku,

2) roszczenia o drogę konieczną,

3) roszczenia o przeprowadzenie przewodów przez cudze grunty sąsiadujące,

4) roszczenia właściciela gruntu obciążonego przewodami o odjęcie mu odpowiedniej części nieruchomości,

5) roszczenia tegoż właściciela o przełożenie przewodów w inne miejsce,

6) roszczenia o oznaczenie granic względnie współudział sąsiada w ich oznaczeniu,

7) roszczenia o ustalenie spornej lub zatartej granicy wzgl. współudział sąsiada w tem, oraz

8) roszczenia sąsiada o nabycie współwłasności muru granicznego [1].

W art. 24 wprowadzono za wzorem art. 679 ZGB odpowiedzialność właściciela gruntu szerszą niż negatoryjna, gdyż wobec każdego, który doznał szkody wskutek przekroczenia prawa własności przez właściciela lub też szkody tej zasadnie się obawia. Niejasne wyrażenie kodeksu szwajcarskiego o »usunięciu uszkodzenia« (Beseitigung der Schädigung) zastąpiono przez wyraźne określenie, iż można skarżyć »o usunięcie przyczyny i skutków uszkodzenia«, a to prócz skargi o wynagrodzenie szkody.

Gdy szkody doznał właściciel, wówczas skarży negatoryjnie, osiągając ten sam skutek t. j. przywrócenie do poprzedniego stanu i zakaz dalszych naruszeń.

---

[1] Wszystkie powyższe roszczenia są wedle wprowadzonych przez nas na początku pracy definicyj uprawnieniami-roszczeniami a nie zwykłemi roszczeniami.

Dostrzeżona omyłka druku.

Na str. 60 wiersz 4 od dołu zamiast »nie jest ograniczony« winno być »nie jest nieograniczony«.

SPIS RZECZY.

Część pierwsza.

Dział I. Zagadnienia ogólne.

Dział II. Szkic rozwojowy prawa własności i prawa sąsiedzkiego.

Dział III. Konstrukcja prawa własności i prawa sąsiedzkiego.

Część druga.

Dział IV. Nakazy zaniechania (non facere).

Dział V. Przepisy typu pati.

Dział VI. Przepisy prawa sąsiedzkiego typu facere.

Dział VII. Współwłasność graniczna.

Dział VIII. Wywłaszczenie prywatnoprawne.

Dział IX.

Dział X. Skargi i przedawnienie roszczeń oraz skarg z prawa sąsiedzkiego.

Część trzecia.

Stanisław Kutrzeba.

Wspólne podstawy historji praw słowiańskich.

Nie posiadamy zabytków prawa prasłowiańskiego, z którego wyszły prawa wszystkich słowiańskich narodów. Możemy je odtworzyć tylko: a) przy pomocy filologji porównawczej słowiańskiej, która pozwala na ustalenie prasłowiańskich wyrazów prawnych, wskazujących, jakie instytucje prawne znali Prasłowianie, b) przez porównanie instytucyj prawnych, istniejących u późniejszych narodów słowiańskich, które upoważnia do przyjęcia w razie analogij tych instytucyj, iż sięgają one początkami epoki prasłowiańskiej.

Jednakże w obu tych kierunkach badań należy postępować z wielką ostrożnością. Pierwotne wspólne wyrazy prawne mogły później przejść na określenie innych co do treści instytucyj prawnych; nieraz w dalszym rozwoju ten sam termin u różnych narodów słowiańskich inną pokrywa treść. Co się zaś tyczy analogij w różnych prawach słowiańskich, to można je tłómaczyć niekoniecznie przez to, iż wyszły z jednego praźródła, ale także: a) przez tworzenie się tych instytucyj pod wpływem analogicznych warunków życia tych narodów lub b) przez recepcję urządzeń w późniejszych stadjach rozwoju, bądźto przez jeden naród słowiański od innego narodu słowiańskiego, bądź też przez kilka narodów słowiańskich z jednego obcego źródła (np. prawa kościelnego, rzymskiego, bizantyńskiego, germańskiego i t. d.)[1].

Trzeba więc zdać sobie sprawę: z warunków rozwoju prawa u poszczególnych narodów słowiańskich, o ile one mogły i chciały własne pierwotne prawo, z prawa prasłowiańskiego idące, rozwijać

---

[1] Szerzej omówiłem sprawę tłómaczenia analogij w odczycie p. t. Duch prasłowiańskiego prawa w prawach narodów słowiańskich, który wygłosiłem 8 października 1932 r. jako rektor przy otwarciu roku szkolnego 1932/3 Uniwersytetu Jagiellońskiego; drukowany ten odczyt w Przeglądzie Współczesnym nr 126, za październik 1932 r.

własnym wysiłkiem, bez recepcyj praw innych, oraz z charakteru źródeł, najstarszych zwłaszcza, tych praw słowiańskich, o ile one jeszcze oddają czyste prawo słowiańskie.

I. Warunki życia prawnego narodów słowiańskich. Z pierwotnych siedzib, których szuka nauka obecnie zwyczajnie na przestrzeniach Wschodniej Europy, na Polesiu lub też dalej na wschód od Polesia leżących równinach, wyszli Słowianie, jak zwyczajnie się przyjmuje, w II—III wieku po Chrystusie, by w VI wieku osiągnąć najdalszy zasięg zarówno ku zachodowi, aż po za Łabę, jak ku południowi po morze Egejskie i Adrjatyk. Nieśli z sobą prawo słowiańskie, które się już w tej epoce różniczkować zaczęło na prawa poszczególnych narodów słowiańskich. Ostatecznie — obok efemerycznych prób państwowej organizacji za Samona i państwa wielkomorawskiego — wytworzyli Słowianie sześć państw: w IX wieku ruskie, bułgarskie i chorwackie, w X czeskie i polskie, w XI — po wcześniejszej o dwa wieki próbie — serbskie. Plemiona słowiańskie na zachód od Polski, Czech i Chorwacji nie potrafiły ustalić swej państwowości, popadły w zależnośćć od Niemiec, które na ich ziemiach poczęły tworzyć marchje, aż ostatecznie je zupełnie zgermanizowały; jedynie pomorskie księstwa dłużej utrzymały względną samodzielność. Tylko w sześciu wymienionych państwach możemy śledzić przez czas dłuższy rozwój pierwiastków słowiańskich, ulegających przekształcaniu w prawa narodowe słowiańskie. Pierwotne stadja prawa słowiańskiego można jednak stwierdzać także i u tych narodów słowiańskich, które uległy germanizacji; niejedne z nich przejęte zostały przez prawo germańskie, które tamto zagłuszyło. Tak samo pierwiastki słowiańskie w dość znacznej mierze dadzą się odszukać w prawie państwa węgierskiego, które objęło ziemie uprzednio przez Słowian zajęte i niejedną od nich zaczerpnęło instytucję prawną. Wreszcie w prawie państwa litewskiego, które złączyło się następnie z Polską, spotyka się — naodwrót, w późniejszej dobie rozwoju tego prawa — sporo pierwiastków słowiańskich, mianowicie polskich, które zostały tam recypowane w czasie od końca XIV do końca zwłaszcza XVI wieku, do t. zw. III statutu litewskiego z r. 1588, w dużej mierze normy polskiego prawa reprodukującego.

Rozwój jednak słowiańskich pierwiastków prawnych nawet u tych narodów słowiańskich, które wytworzyły organizacje państwowe, nie przedstawia czystej linji rozwojowej, a to wskutek ule-

gania wpływom praw obcych. Silne załamania rozwoju rodzimego prawa łączą się u tych narodów z utratą zupełną lub też częściową niepodległości; napływało wtedy prawo państwa, do którego zostały te ziemie wcielone lub od którego popadły w zależność, przez to państwo narzucane. Państwo chorwackie już w końcu XI wieku połączone zostało z Węgrami unją i częściowo tylko zachowało odrębność. Serbja uznała zwierzchność turecką w r. 1394, a od r. 1459 zmieniła się w prowincję turecką. Toż Bułgarja od r. 1396 stała się częścią składową Turcji. Czechy, złączone od r. 1526 unją z Austrją, po bitwie na Białej Górze w r. 1621 utraciły faktycznie samodzielność. Do końca XVIII wieku zachowała swoją odrębność Polska, do rozbiorów z lat 1775, 1793 i 1795. Jedynie Ruś, później Moskwa, wreszcie Rosja, nie utraciła niepodległości z wyjątkiem okresu ulegania władzy zwierzchniej Tatarów. *Już ten krótki przegląd rozwoju państwowego wskazuje, iż tylko w Polsce i na Rusi można szukać dłuższych linij trwania i przekształcania się instytucyj prawnych słowiańskich.*

Ale *także w czasach samodzielności państw słowiańskich prawo ich ulegało wpływowi obcych praw.* Dokonywały się recepcje tych praw, bądźto w formie narzucenia zgóry przez władzę instytucyj obcych, bądźto przez dobrowolne przejmowanie takich instytucyj ze strony społeczeństwa przy poszczególnych czynnościach prawnych. Także w państwach słowiańskich, które najdłużej zachowały swoją odrębność prawną, jak Polska i Rosja, spotykamy się z całem mnóstwem obcych instytucyj prawnych, tak że nawet niektóre z działów rodzimego prawa zupełnie zamarły, ustępując recepcji obcych pierwiastków.

Z praw obcych, które już za czasów samoistności tych państw przekształcały prawa rodzime słowiańskie, trzy głównie działały: 1) prawo frankońskie, 2) prawo rzymskie i 3) prawo kościelne; przytem, o ile chodzi o prawo rzymskie i prawo kościelne, odróżnić należy po dwie jego gałęzie: zachodnią i wschodnią.

Prawo frankońskie działało przez swoje instytucje z zakresu prawa politycznego: pojęcie władzy monarchy (co zewnętrznie przejawia się też w recypowaniu imienia Karola Wielkiego na oznaczenie władcy: kral, król, korol) i formy zarządu państwa (urzędy). Temu wpływowi uległy państwa: czeskie, polskie, chorwackie, przyczem poszczególne instytucje następnie rozmaicie były przetwarzane w ciągu dziejów.

Prawo rzymskie w czystej formie Corpus iuris Justynjana oddziaływało w trzech państwach zachodnich Słowian, gdy w swej odnodze wschodniej, późniejszej, prawa bizantyńskiego, wkroczyło na teren państw wschodniosłowiańskich: Bułgarji, Serbji i Rusi. Prawo to wywierało wpływ w zachodnich państwach słowiańskich przedewszystkiem jako prawo prywatne, słabiej przez instytucje prawa procesowego i karnego, omal tylko co do zasady władzy absolutnej — i to znacznie później — w zakresie prawa politycznego; w państwach wschodniosłowiańskich oddziaływały wszystkie działy tego prawa. Jeśli nasilenia wpływu prawa frankońskiego (politycznego) nie da się ustopniować co do tych trzech państw, które mu ulegały, to co do prawa rzymskiego można to uczynić. Najsilniejszy wpływ wywarło prawo rzymskie w Serbji i Chorwacji. Najlepiej można to stwierdzić na obszernych spisach prawa zwyczajowego i na kodyfikacjach prawa. Oddziaływanie prawa bizantyńskiego wykazuje w Serbji Zakonnik cara Duszana z XIV wieku; recepcja wielu instytucyj rzymskobizantyńskich już się tam nawet wcześniej dokonała. Pod silnym wpływem prawa rzymskiego pozostawały statuty chorwackie: dla Korčuli z r. 1265, winodolski z r. 1288 i t. d. Czyste przeważnie prawo czeskie wykazują spisy tego prawa od księgi pana z Rozenbergu i Řad pråva zemskeho z XIV stulecia do spisu Wiktora Corneliusa z Všehrd z r. 1508; Carolina, projekt kodyfikacji z lat 1346—1355, ulegający prawu rzymskiemu, nie zyskał mocy prawnej. Prawo rzymskie ostatecznie przeważyło w Czechach dopiero w Verneuerte Landesordnung z r. 1627. W Polsce prawo prywatne tylko bardzo nieznaczne wykazywało zaczerpnięcia z prawa rzymskiego w Statutach Kazimierza W., jak i w próbie kodyfikacji z r. 1532, znanej pod nazwą Correctura iurium; w praktyce życia nieco silniej się zaznaczyło. Na Rusi można zauważyć przejmowanie instytucyj prawa rzymsko-bizantyńskiego (eklogi cesarzy Leona i Konstantyna z 740 r., Prochejronu z r. 879 i Epanagoge z tego czasu) już w drugiej redakcji wielkiego spisu prawa zwyczajowego, znanego pod nazwą Ruskaja Prawda. Nie wykazują takich wpływów późniejsze sudiebniki z XV—XVI wieku; dopiero znowu silniej zaznaczyły się one w kodyfikacji z r. 1648, znanej jako ułożenie cara Aleksieja Michajłowicza. — Prawa tych dwóch państw, Polski i Rusi, w największej mierze, najdłużej, budowały swoje prawo na podstawie pierwiastków słowiańskich.

Prawo kościelne w obu odłamach: rzymskim i prawosławnym, częściowo wnosiło bądź nowe pierwiastki, które były recypowane przez prawa słowiańskie, bądź też stanowiło pośrednie ogniwo dla recepcji prawa rzymskiego, na którem samo się opierało, zarówno jako Corpus iuris canonici na zachodzie, jak jako Nomokanon rozpowszechniony u wszystkich Słowian wschodnich. Nowe pierwiastki — to zwłaszcza przepisy tyczące się prawa osobistego małżeńskiego, które wypierało dawne prawo słowiańskie; pierwiastki rzymskie widać w przepisach prawa prywatnego, głównie obligatoryjnego, karnego, jak i procesowego [1].

Jeśli się chce ustalić instytucje prawa słowiańskiego, to trzeba przedewszystkiem odsunąć wszystko to z praw słowiańskich, co zostało później zzewnątrz naniesione — a więc określić rozmiar recepcji praw obcych. Niejednokrotnie nawet instytucje prawne, które są wspólne narodom słowiańskim, nie pochodzą z pierwotnego pnia słowiańskiego, ale były przejęte z praw obcych, nieraz różną drogą. Dopiero po ustaleniu rozmiarów recepcji można odtworzyć, jak się przedstawiało pierwotne prawo słowiańskie. Cel historji prawa narodów słowiańskich podwójny być powinien: 1) wykazanie tych wspólnych pierwotnych instytucyj, które istniały u Prasłowian i weszły w początkowe prawa poszczególnych narodów słowiańskich; 2) przedstawienie porównawcze rozwoju tych pierwotnie wspólnych instytucyj u poszczególnych narodów słowiańskich, gdy one rozwijały się już samodzielnie, różniczkując się w samodzielnym rozwoju lub też pod wpływem praw obcych, któremu ulegały.

II. G ł ó w n e z a s a d y p r a w a s ł o w i a ń s k i e g o. Jak dotąd, praca szeregu uczonych głównie słowiańskich już dość rozjaśniła charakter pierwotnych instytucyj słowiańskich; wymienić wśród nich należy, od Aleksandra Wacława Maciejowskiego zaczynając: Romualda Hubego, Zigla, Niederlego, Balzera, Winiarza, Ciszewskiego, Mažuranića, Taranowskiego, Kaprasa, H. F. Schmida, Abrahama i t. d., a zwłaszcza Karola Kadleca. Tak można ująć wyniki ich prac co do poszczególnych działów tego prawa [2].

Słowianie znali już w pierwotnych siedzibach swoich m a ł-

---

[1] Ob. mój odczyt p. t. Krzyżowanie się wpływów Zachodu i Wschodu w prawach słowiańskich, w dziele: Conférence des historiens des États de l'Europe orientale et du monde slave, II partie, Varsovie 1928.

[2] Ob. mój artykuł p. t. Slavic Law w Encyclopaedia of the social sciences, New York 1932.

żeństwo jako formę współżycia mężczyzn i kobiet; wiadomości o komunizmie płciowym nie zasługują na wiarę. Występuje u nich wielożeństwo, które było dopuszczalne, ale nie rozpowszechnione; głównie spotyka się je u jednostek możnych. Co do sposobu zawierania małżeństwa, to małżeństwo przez porwanie było znane, ale nie stanowiło reguły. Najczęstszą formą pierwotną było małżeństwo przez kupno, cena kupna była nieraz wcale znaczna. Następnie sposobem zawarcia małżeństwa stała się umowa, jednak ślady kupowania spotyka się jeszcze znacznie później. Małżeństwo dochodziło do skutku przez dwa akta prawne. Pierwszy — to umowa między rodami, do których należeli mąż i żona, a potem, po rozpadnięciu się związków rodowych, między mężczyzną (lub jego ojcem) i tymi, których władzy podlegała kobieta; ona bowiem nie miała zgoła głosu w tej sprawie. Umowa wymagała utwierdzenia. Drugim aktem było oddanie kobiety mężczyźnie w wykonaniu zawartej umowy. Ten akt oddania zawierał trzy części składowe: główny akt oddania żony mężowi wśród uroczystości weselnej, przenosiny do domu męża i pokładziny (depositio in torum cum viro); ostatni z tych aktów nie miał takiego doniosłego znaczenia, jak np. u Germanów. Łączyły się te akta z szeregiem różnych formalności i uroczystości, których ślady do dziś jeszcze pozostały w ludowym folklorze słowiańskim. Dokładniej znana i opracowana jest sprawa tej symboliki dla historji prawa polskiego (Abraham). Niewszystkie te uroczystości miały znaczenie dla prawa, takich jednak było kilka. Do nich należało: a) podawanie sobie rąk przez zawierających związek małżeński, co miało znaczenie utwierdzenia umowy; b) wymiana przez nich wieńców, które włożone mieli na głowę, i to tak, że albo sami te wieńce wymieniali, albo wkładał je im pośrednik (dziewosłęb), co później zastąpiono — pod wpływem praw kościelnych — wymianą pierścionków, ale zwyczaj wymiany wieńców długo się utrzymał nawet po przyjęciu chrześcijaństwa, wszedł do rytuału kościelnego i był jeszcze w użyciu w XVI wieku; c) wypicie przez kobietę kubka wody, zapewne na znak jej zgody i świadectwo przeciw sobie; d) danie panu młodemu różdżki weselnej jako zakładu, że panna młoda zostanie oddana nowożeńcowi (różdżkę zdaje się wyparła wymiana wieńców); e) postrzyżyny panny młodej, t. j. obcięcie jej włosów na skroniach jako zapewne symbol zerwania ze związkiem rodowym, do którego panna młoda należała i wyzwolenie spod jego władzy (albo — jak inni tłóma-

czą — symbol adopcji przez ród męża); wreszcie f) osłonięcie głowy panny młodej zasłoną lub nałożenie na jej głowę czapki pana młodego, spotykane w dzielnicach wschodnich Polski, co także było znane na Rusi, a stanowiło znak objęcia władzy nad żoną przez męża, i g) jedzenie wspólne przez nowożeńców sera z chlebem; w innych krajach słowiańskich spotyka się zaś znowu h) nieznany w Polsce obyczaj rozwiązywania przez pannę młodą mężowi obuwia; i) uczta weselna, będąca przeżytkiem ofiar dla bogów.

Po przyjęciu chrześcijaństwa umowa ślubna ujęta została pod wpływem prawa kościelnego jako zaręczyny, a oddanie jako zawarcie małżeństwa. U Słowian południowych wcześniej przyjęły się formy kościelne ślubu przez recepcję zasad kościoła wschodniego. U Słowian zachodnich forma kościelna zawarcia małżeństwa, t. j. zawierania go wobec duchownego, nieodrazu weszła w życie jako powszechny zwyczaj, gdy kościół rzymski nie stawiał tego jako koniecznego wymogu ważności małżeństwa. W Czechach król Brzetysław w r. 1039 nakazywał zawieranie małżeństw wobec kościoła, co widać jeszcze rzadko stosowano, toż jeszcze w XII wieku na Rusi małżeństwa przeważnie były zawierane bez udziału księży. Szczególniej długo trwał ten stan rzeczy w Polsce; dopiero w r. 1197 wydał legat papieski nakaz zawierania małżeństw w obliczu kościoła, co potem powtarzał znowu legat papieski w r. 1279; zawieranie małżeństw in facie ecclesiae przyjęło się ostatecznie dopiero w XIV stuleciu.

Żona podlegała w pierwotnych prawach słowiańskich władzy męża; wychodziła z rodu, do którego należała, przechodziła do rodu męża. Traktowanie jej pierwotnie jako przedmiotu własności przejawiało się w tem, że żony po śmierci męża nieraz palono lub, pozbawiwszy w inny sposób życia, grzebano razem z mężem, jak przedmioty będące jego własnością. Wierność małżeńska obowiązywała żonę, nie męża, i dzieci męża z nałożnic były zwykle traktowane narówni z prawemi dziećmi. Istniała duża możność rozwiązania małżeństwa ze strony męża, czego ślady spotyka się już po przyjęciu chrześcijaństwa w Czechach i w Polsce jeszcze w XII wieku.

Do wyjątkowych zjawisk należała poliandrja, podobnie jak snochactwo (pożycie ojca z żoną nieletniego syna aż do jego pełnoletności), rozpowszechnione tylko na Rusi, dość często spotykane tam jeszcze w XVI wieku, a w przeżytkach do XIX wieku wśród Rusinów w Karpatach.

P r a w o m a ł ż e ń s k i e m a j ą t k o w e wykazuje dużo podobieństw przez cały okres średniowieczny, o ile chodzi o Słowian północnych, t. j. o prawo czeskie, polskie i ruskie (u południowych Słowian przejęto wcześnie przepisy prawa rzymskiego). Tak się ono przedstawia. Ojciec, względnie najbliższy krewny, dawał kobiecie, wychodzącej zamąż, wyprawę, t. j. przedmioty jej osobistego użytku (ubranie i t. d.), oraz pewną kwotę pieniężną, zwaną w prawie czeskiem i ruskiem véno, w polsce posag, na Rusi pridanoje; wysokość kwoty tej zależała od woli rodziny lub była prawnie ustalona (Polska). Naodwrót mąż zabezpieczał żonie pewną kwotę (w Polsce równą tamtej, w Czechach o $^1/_3$ większą), zwaną w Polsce naodwrót wiano, toż na Rusi wieno, w Czechach wznesení, co stwierdzano kontraktem, w Polsce zwykle zabezpieczano na połowie, na Rusi na jednej trzeciej majątku męża, którym on nie mógł odtąd swobodnie rozporządzać bez zgody żony. Po śmierci męża obie sumy wypłacali jego spadkobiercy żonie. Późniejszy rozwój — od XVI wieku — wykazuje już znaczne między temi prawami różnice.

P r a w o s p a d k o w e dość późno rozwinęło się u Słowian. Jak długo istniała wspólność rodzinna, nie było właściwie spadkobrania, gdyż majątek zostawał dalej własnością złączonych wspólnością członków rodu lub rodziny. Synowi, który się oddzielał, oddawał ojciec część majątku, przez co ten syn tracił prawo do reszty majątku; nie był jednak ojciec do tego obowiązany, chyba że po raz drugi się żenił. Majątek, pozostały po ojcu, przypadał jego synom niewydzielonym; mógł ojciec pierwotnie ten majątek według swej woli między synów dzielić, później otrzymywali równe działy. Córki, które wyszły zamąż i otrzymały wyposażenie, nie brały udziału w spadku; niewydane miały prawo żądać utrzymania, a jeśli wychodziły zamąż, wyposażenia w takiej wysokości, jak córki wydane za życia ojca. Pierwotnie nie mogły córki dziedziczyć dóbr nieruchomych, nawet gdy nie było synów; przypadały te dobra dalszym krewnym męskim. Później uzyskały prawo dziedziczenia dóbr ziemskich, ale tylko o ile nie były to dobra rodowe. W Polsce dopiero statut Kazimierza W. dopuścił córki, ale tylko w Małopolsce, do dziedziczenia dóbr rodowych, jeśli nie było synów, później przyjęło się to i w innych dzielnicach, ale — do XVI wieku — mieli prawo krewni męscy skupienia tych dóbr. Po matce spadek przypadał dzieciom narówni, bez względu na płeć. Krewni boczni przychodzili do spadku według bliskości pokrewieństwa.

Prawo testowania wyrobiło się pod wpływem prawa rzymskiego i kościelnego, pierwotnie bowiem testament nie był znany prawu słowiańskiemu; w Polsce dobrami nieruchomemi odziedziczonemi w zasadzie nie wolno było rozporządzać aż do końca istnienia państwa polskiego.

Słowianie mieszkali przeważnie na równinach, w epoce już bardzo pierwotnej zajmowali się chowem bydła i świń, później zaczęli też uprawiać i rolnictwo, które stało się głównem ich zajęciem. Miasta rozwinęły się u nich względnie późno, i to tylko na Rusi z pierwiastków rodzimych, gdzieindziej pod wpływem urządzeń obcych, na Bałkanie, zwłaszcza w Chorwacji, miast włoskich, a w Czechach i Polsce urządzeń miast niemieckich (zwłaszcza Magdeburga). Stąd prawa słowiańskie miały charakter agrarnego prawa, rozwinęły przepisy tyczące się własności ziemi, słabo zaś wykształcone było prawo obligacyjne, które później dopiero wykazało postęp pod wpływem praw obcych, niemieckiego na zachodzie i rzymskiego na południu.

Własność pierwotna miała charakter własności rodowej wobec oparcia budowy społecznej na rodach. Ziemia była własnością całego rodu. Do najdalszych konsekwencyj w zastosowaniu zasady własności doprowadzili Słowianie południowi, wytwarzając t. zw. zadrugę; nazwa ta stała się w nauce przyjętem określeniem na ten typ wspólnej własności. Zadruga obejmowała kilkudziesięciu członków, wyprowadzających się od wspólnego przodka po mieczu (mniejsza zadruga nosi nazwę: ikonoština). W zadrudze wspólną była własność ziemi, ale także wspólna uprawa tej ziemi, wspólną konsumcja przez członków rodu, mieszkającego w wielkim, coraz w miarę potrzeby rozbudowywanym domu. Spotyka się ten typ gospodarki wspólnej także u innych narodów słowiańskich, w Czechach, Polsce, na Rusi, lecz nie był tak silny, jak na południu, występował tylko sporadycznie, w Polsce wyjątkowo, nie obejmował tak licznych skupień i już w wiekach średnich ostatecznie zaniknął, gdy na Bałkanach (w Czarnogórze, Bośni i Hercegowinie) przetrwał do XIX wieku, zdaje się wzmocniony potem, gdy za rządów tureckich utrzymywano go ze względu na system podatków wybieranych od domostw bez względu na ich wielkość. O ile nie istniała zadruga, wspólna własność u Słowian łączyła się z indywidualnemi przydziałami ziemi dla poszczególnych rodzin (może co roku wyznaczanemi) i z oddzielnością ich mieszkania i kon-

sumcji. Jakkolwiek własność wspólna u tych Słowian zaginęła, pozostały jednak jej ślady w prawie bliższości (ius proximitatis), które nie dozwalało ziemi rodowej aljenować w ręce obcych bez zgody krewnych; w tym wypadku mogli krewni wykonać ius retractus, t. j. odebrać ziemię, i to pierwotnie nawet bez odszkodowania nowonabywcy. Najdłużej utrzymało się to prawo w Polsce, gdzie zniesiono je dopiero w r. 1768.

Jednakże ścisłe określenie granic własności nieruchomej zaczęto przeprowadzać dopiero z biegiem czasu, gdy ziemi niezawłaszczonej było coraz mniej. Działo się to przez objeżdżanie granic (stąd nazwy polska, czeska i ruska: ujazd, ujezd), przez t. zw. zapowiadanie granic (w XIV wieku w Polsce) i oznaczanie ich przez nacięcia na drzewach, sypanie kopcy, kamienie. Prawo na ziemi nie miało cech takiej wyłączności jej używania, jak rzymskie prawo własności. Silnie rozwinięte były zwłaszcza na ziemiach ruskich służebności, zwłaszcza w stosunku do lasów, a to wyrębu, opału i t. d. (t. zw. wchody), co dopiero w nowszej epoce w XVI stuleciu zaczęto tam ograniczać. Prawo zastawu rozwinęło się znacznie później, pod wpływem prawa zachodnioeuropejskiego i rzymskiego. Do południowych Słowian wcześniej przyszło rzymskie prawo własności; jednakże i tam długo utrzymało się pojęcie rodowej własności i prawa bliższości krewnych.

W zakresie p r a w a o b l i g a c y j n e g o cechą charakterystyczną prawa słowiańskiego — u Słowian północnych — było to, iż umowa nie wytwarzała jeszcze obowiązku wypełnienia zobowiązań: do tego trzeba było, by umowa była utwierdzona. Utwierdzenie umowy następowało pierwotnie prawdopodobnie przez poddanie jej pod sankcję sakralną, potem przysięgę; w epoce historycznej występuje jako utwierdzenie umowy zwłaszcza rękojemstwo, do którego pierwotnie obowiązani byli krewni; rękojmię oddawało się pierwotnie w moc wierzyciela, później dawał on tylko uroczyste ślubowanie. Inne sposoby utwierdzenia były już późniejsze, recypowane z zachodu. Inne kontrakty, jak zastawu, najmu i t. d. rozwinęły się w późniejszej epoce; choć ich formy były u różnych narodów słowiańskich podobne, jednakże nie wynikały one ze wspólnego źródła, ale miały początek przeważnie w recepcji prawa zzewnątrz.

P r a w o k a r n e słowiańskie lepiej jest znane, niż inne działy prawa. Pierwotne instytucje, które rozwinęły się u Prasłowian, po-

zostały długo jeszcze w mocy albo w formach bardzo zbliżonych, albo też przynajmniej w przeżytkach; np. bardzo bliskie pokrewieństwo wykazują przepisy Ruskoj Prawdy z XII wieku z normami polskich Statutów Kazimierza W. lub spisów prawa czeskiego z XIV wieku. Współczesny Zakonnik cara Duszana posiadał już — pod wpływem prawa rzymsko-bizantyńskiego — wyższy stopień rozwoju.

W pierwotnych stosunkach prawo karania miały w obrębie rodu władze rodowe: starosta lub wiec; systemu tych kar jednak nie znamy. Ślady tej władzy rodowej pozostały długo (zwł. w prawie polskiem) w prawie karania przez ojca rodziny członków rodziny; ale też ojciec był odpowiedzialny za przestępstwa dzieci (w Polsce do XV wieku). W stosunkach między rodami, nad któremi nie było jeszcze władzy wyższej, mającej charakter władzy państwowej, panowała zasada samopomocy. Krzywda, mająca charakter czyto cywilnej, czyto karnej (według naszych pojęć), jednako wywoływała ze strony pokrzywdzonego reakcję w formie zemsty (w Polsce i Czechach nosi ona nazwę wrożda, któreto słowo później u Słowian południowych oznacza wogóle przestępstwo). Odpłata za krzywdę nie była normowana ścisłą zasadą wyrządzenia takiej samej krzywdy; stąd powodowała często dalszą reakcję, co doprowadzało do przewlekłych walk. Wobec opierania się organizacji społecznej na rodach krzywda, poniesiona przez członka rodu, uważana była za krzywdę całego rodu, który brał udział w wykonywaniu zemsty i zwracał się z zemstą niekoniecznie przeciw temu, który wyrządził krzywdę, ale przeciw rodowi, do którego należał krzywdziciel. Zemsta odwzajemniana prowadziła nieraz do wytępiania całych rodów (charakterystycznym przykładem może być historja walki rodu czeskiego Werszowców z rodem książęcym Przemyślidów w Czechach, która rozpoczęła się w r. 1033 i trwała do r. 1109, gdy Werszowcy częściowo zostali wytępieni, częściowo uszli do Polski). Zemstę starało się następnie ograniczyć państwo przez określenie rozmiarów odpłaty (np. ciekawy przepis czeski z XIV wieku, iż uderzony w policzek może oddać dwa, po jednemu na każdą stronę twarzy, i pięścią w nos), przez indywidualizowanie zemsty do osoby winnego (przepis statutów Kazimierza Wielkiego, że nie odpowiada syn za ojca lub brat za brata), przez wprowadzanie obowiązku oznajmiania zemsty (w XIV wieku w Czechach, w XV wieku w Polsce t. zw. odpowiedź, wykazująca

już jednak wpływy zachodnioeuropejskich obyczajów rycerskich), wykluczanie pewnych wypadków od prawa wykonywania zemsty (np. w Polsce za zabicie tego, który porwał kobietę), wreszcie przez popieranie ugodowego załatwienia spraw i ułatwianie dochodzenia krzywdy w drodze sądowej.

Na stanowisku prawa zemsty stała w pełni starsza redakcja Ruskoj Prawdy (XII wiek), gdy już w drugiej redakcji o niej niema mowy. W Czechach znają zemstę pomniki XIV stulecia. W Polsce zemsta zindywidualizowana występuje jeszcze w XVI wieku, a ustawa z r. 1588, karząc zapowiedź zemsty, jednak uznawała za wolne od kary państwowej jej wykonanie. W zwyczajowem prawie utrzymała się zemsta do XIX wieku jeszcze u Słowian południowych, mianowicie zwłaszcza w Czarnogórze.

Zamiast zemsty nieraz dochodziło do ugody między rodami, noszącej nazwę jednania, które do skutku doprowadzali pośrednicy (jednacze), ustalając jego warunki. Jednanie składało się z dwóch części składowych: t. zw. pokory i okupu. Pokora była symbolicznem wykonaniem zemsty; winny zabójstwa udawał się boso, w koszuli tylko, z mieczem na szyi do najbliższego krewnego zabitego i oddawał w jego ręce miecz, którym on wywijał nad głową, niejako zaznaczając swoje prawo pozbawienia winnego życia. Pokora wykazywała wiele elementów sakralnych, co tłómaczy się wpływem prawa kościelnego (jak wogóle u wszystkich narodów, gdzie występuje zemsta), w szczególności przejęciem przez zemstę elementów kościelnej pokuty publicznej.

Pokora dawała zadośćuczynienie moralne. Obok niej dawano zadośćuczynienie materjalne bądź w formie przedmiotów, bądź też w pieniądzach. Wysokość zależała od wielkości wyrządzonej krzywdy; płacona suma nosiła nazwę przy zabójstwie opłaty za głowę (t. j. za głowę zabitego). W każdym poszczególnym wypadku oznaczano jej wysokość, ale zwyczaj następnie ustalił odpowiednie taksy, zależne od stanowiska społecznego, gdy już nastąpiło zróżnicowanie społeczeństwa. W późniejszej epoce stwierdzano wysokość główszczyzny w spisach prawa zwyczajowego (Ruskaja Prawda, spisy czeskiego prawa zwyczajowego) lub nawet ustawodawczo (statuty Kazimierza W.). Pokora wcześniej wyszła z użycia, gdy okup pozostał, przeradzając się powoli w odszkodowanie prawno-prywatne; utrzymała się w przeżytkach do najnowszych czasów u Słowian południowych (w Czarnogórze).

Po powstaniu władzy państwowej zaczęło państwo pewnych przestępstw dochodzić z urzędu. Początkowo jednak liczba tych przestępstw była nieliczna; były to przestępstwa przeciw państwu, wojsku, skarbowości, religji, porządkowi publicznemu. Inne przestępstwa dochodzone były tylko wskutek skargi poszkodowanego; w Polsce zwłaszcza zasada ta silnie się utrzymała, także w nowej epoce, nawet przy zabójstwie do czasów rozbiorów dawnej Rzeczypospolitej, a tylko od r. 1588 subsydjarnie występowało państwo, gdy krewni skargi nie wnieśli. Ale państwo rozszerzało zakres przestępstw, których dochodziło z urzędu; silnie to występuje np. już w Zakonniku Duszana pod wpływem prawa rzymsko-bizantyńskiego, w Chorwacji i Czechach pod wpływem państw zachodnioeuropejskich, także na Rusi (może pod wpływem tatarskim); Polska najdłużej zachowała stare elementy. Przeżytki zemsty spotyka się jednak jeszcze w nowszej epoce. W szczególności niekarygodnem było zabicie złodzieja na gorącym uczynku schwytanego, przepis znany prawu ruskiemu, czeskiemu i polskiemu. Gdy jednak w Czechach już w końcu XII wieku starano się ten wyjątek usunąć, w Polsce, ograniczony do przypadku złodzieja kradnącego zboże w nocy, zabitego przez właściciela zboża lub jego ludzi, przetrwał do końca XVIII wieku.

Z pierwotnego prawa słowiańskiego przeszła do praw karnych poszczególnych narodów słowiańskich zasada odpowiedzialności kolektywnej także przy przestępstwach przez państwo dochodzonych i nawet jeszcze szersze znalazła zastosowanie. Odpowiedzialność ta przedstawiała się jako odpowiedzialność grupy ludzi związanej krwią (rodu, rodziny) lub też grupy terytorjalnej. Odpowiedzialność rodu najdłużej spotyka się w Polsce; znosił ją Kazimierz W., ale szczątkowe objawy jako odpowiedzialność dzieci przy przestępstwie ojca zachowały się aż do nowożytnej epoki (przy herezji do XVI wieku. przy zdradzie i obrazie majestatu do r. 1791).

Odpowiedzialność grup terytorjalnych występowała w epoce średniowiecznej na całym obszarze Słowiańszczyzny. Grupę taką stanowiła albo vicinia (okolica u Serbów, opole w Polsce), obejmująca większą ilość osad, albo wieś. Taka grupa odpowiadała za przestępstwo (zabójstwo, podpalenie, kradzież i t. d.) popełnione na jej terytorjum, jeśli: a) albo sprawca był nieznany, albo b) sprawcy nie chciano wydać, względnie ukarać, albo c) nie ścigano złoczyńcy, gdy go goniono (obowiązek taki nosi nazwę śladu w Polsce). Wy-

stępuje ta odpowiedzialność jeszcze w Zakonniku Duszana i w statutach wiślickich, w Polsce utrzymała się dłużej nawet, objęła miasta. Była to odpowiedzialność materjalna (zadośćuczynienie, wzgl. kara pieniężna), w Polsce w miastach nawet w formie kary reprezentacyjnej (np. karę śmierci ponosiło kilku radców miejskich).

Pierwotna odpowiedzialność miała charakter objektywny, t. j. nie uwzględniano momentu winy, a odpowiedzialnym był także pan za dzieci i swoich ludzi, za zwierzęta, nawet właściciel za przedmioty, a więc np. właściciel stawu za mężobójstwo, gdy w jego stawie się kto utopił. Jak wogóle w historji prawa karnego, odpowiedzialność ta z biegiem czasu nabierała charakteru ściśle indywidualnej, i to tylko w razie winy subjektywnej (najpóźniej w Polsce, dopiero w XV wieku).

Mniej można powiedzieć o prawie procesowem. W pierwotnem prawie słowiańskiem zasada pomocy własnej pokrzywdzonego miała bardzo szerokie zastosowanie; przejawiała się w prawie zemsty w razie doznania krzywdy, jak o tem już wyżej przy prawie karnem była mowa Właściwe postępowanie sądowe miało zastosowanie tylko w razie sporów wewnątrz grupy społecznej rodu. Miejsce pomocy własnej zaczął zastępować proces, gdy utrwaliła się władza książęca i powstały urzędy państwowe. Najwcześniej to się stało u Słowian południowych oraz w Czechach, najpóźniej w Polsce. Jeszcze według statutów Kazimierza W. na wyroku kończyła się interwencja sądu; jeśli pokonany prawem nie chciał poddać się wyrokowi, oddawał go sąd w ręce powoda; gdy uciekł powodowi, powód tracił pretensję. Egzekucja więc należała do strony; dopiero w XV wieku wyrobiła się w Polsce egzekucja ze strony sądu; ale jeszcze w tym wieku strony mogły przy zawieraniu umowy zastrzec, że w razie niewypełnienia jej pokrzywdzony bez sądu ma prawo prowadzić egzekucję.

Odkąd do poznania prawa procesowego Słowian przybywają liczniejsze źródła, już między normami, regulującemi to prawo u poszczególnych narodów słowiańskich, występują znaczne różnice. Tylko co do niektórych momentów można stwierdzić analogje i przypuszczać, że one wyszły z tego samego początku. Że we wszystkich tych prawach obowiązywała zasada ustności, to wynikało z natury rzeczy, nieznajomości pisma. Wspólną była zasada jawności; sądy odbywane były na zebraniach, które różny miały charakter, w obecności napływającej na takie sądy ludności. Toż wspólna była za-

sada akuzacyjna; także książę, gdy chodziło o niego, osadzał zwykle swoje miejsce sędzią i występował ze skargą. Można też przyjąć napewno, że zakres pierwotny odznaczał się formalistyką; w późniejszej dobie występuje ona jeszcze z całą siłą — objaw zresztą nietylko słowiański.

Z poszczególnych instytucyj procesowych można uważać jako wspólne słowiańskie niektóre środki dowodowe. Do nich należy przysięga strony, nosząca charakter sakralny, później oczywiście dostosowana do przepisów religji chrześcijańskiej, przeżytkiem może epoki dawniejszej jest przysięga na słońce, występująca w Czechach w XIV wieku, a w Polsce w XV wieku (może pod wpływem czeskim), której ślady pozostały także u Słowian południowych i na Rusi. U wszystkich Słowian spotyka się jako środek dowodowy sądy boże. Miały one w czasie, gdy się je bliżej poznaje, już wiele elementów, zaczerpniętych z zachodu Europy, charakteru kościelnego (np. formuły modlitw przy nich odmawianych przez duchownych). W Serbji znano próbę wody gorącej, próbę ognia (stąpania boso po gorących kamieniach lub węglach), próbę gorącego żelaza, w Polsce nadto pojedynek sądowy i próbę wody zimnej (pławienie), przedtem może także próbę suchego chleba, na Rusi i w Czechach pojedynek i próbę wody i żelaza; znali je i Słowianie nadłabscy: pojedynek, próbę żelaza i wody wrzącej. Po XIV-tym wieku wyszły z użycia.

Wiele z tych zasad nie przedstawia cech właściwych tylko słowiańskim prawom. spotyka się je i u innych narodów, europejskich i nawet pozaeuropejskich, co tłomaczy się bądź pochodzeniem z jeszcze pierwotniejszego prawa (np. aryjskiego) lub analogją warunków rozwoju. To są już jednak kwestje, wychodzące poza zakres mego referatu.

Dr Feliks Lachs.

Zagadnienie pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych. (Zarys ewolucji).

Myśl walki z wojną i wykluczenia jej z arsenału środków polityki międzynarodowej zaprząta w latach powojennych w znacznym stopniu umysły polityków i teoretyków prawa narodów. Pakt Ligi Narodów i protokół genewski, układy lokarneńskie, Akt generalny z r. 1928 i pakt Briand-Kellogg, to wszystko przejawy jednej i tej samej myśli, jednej i tej samej tendencji do zapobieżenia wojnie i do zapewnienia narodom pokoju i bezpieczeństwa. Ale także i w chwili gdy komisja z hotelu Crillon przedkładała zgromadzonej w Wersalu konferencji pokojowej swoje wiekopomne dzieło, problem ten nie był już nowym. Historja ostatnich stu lat poprzedzających kataklizm z r. 1914 zanotowała niejedną próbę, niejeden wysiłek skierowany ku zapobieżeniu wojnie i postawieniu jej poza nawiasem życia państw cywilizowanych.

Konferencje haskie są jedną z takich właśnie prób. Ale choć zwołane pod hasłem walki z wojną, obie konferencje pokojowe natrafiły w swoich usiłowaniach ograniczenia prawa wojny na tak nieprzezwyciężone trudności, że zadowolić się musiały narazie tylko walką z wojną w jej postaci najbardziej nieskrępowanej i bezwzględnej, starając się uczynić ją bardziej ludzką. Myśl z u p e ł n e g o wykluczenia wojny musiały konferencje haskie pozostawić przyszłym pokoleniom.

A jednak, pomimo te tak skromne pozytywne rezultaty, konferencje haskie są najlepszemi wyrazicielkami całej epoki, która sięga swymi początkami aż ostatniego dziesięciolecia XVIII wieku, epoki, w której problem walki z wojną i jej zapobiegania stał się z zagadnienia czysto książkowego i teoretycznego jednym z problemów polityki międzynarodowej. Bo choć wieki XVI, XVII i XVIII znają dążność do wykluczenia wojny i do pokojowego załatwiania

sporów międzynarodowych, a Grocjusz odróżnia nawet »bellum iustum« od »bellum iniustum« tylko tej pierwszej przyznając rację bytu, to przecież tendencje te nie przeniknęły do kancelaryj i gabinetów ministerjalnych i nie wniosły swego ożywczego wiewu do życia międzynarodowego. Idea absolutyzmu i suwerenności zbyt mocno jeszcze trzymała umysły w swych okowach, by chociaż na chwilę przypuścić do władców myśl o ograniczeniu czy zrzeczeniu się cząstki swoich atrybucyj. To też myśl ograniczenia prawa wojny i stworzenia systemu środków zapewniających pokojowe załatwianie sporów między państwami pozostała aż do końca XVIII wieku na papierze, jako zagadnienie zaprzątające tylko teoretyków i filozofów.

Dopiero Wielka Rewolucja francuska i idący za nią upadek absolutyzmu stają się tym impulsem, który zagadnienie to przenosi z kart książek do bieżącej polityki i problem dotychczas czysto teoretyczny przekształca w element polityki międzynarodowej. Nie bez znaczenia dla tej przemiany był także i przykład Stanów Zjednoczonych (Jay-treaty) oraz doktryna Monroe'go, która odbierając państwom europejskim możność interwenjowania na Nowym Kontynencie, zmusiła je do załatwiania sporów z państwami amerykańskiemi w drodze pokojowej [1]. W rezultacie, myśl zapobiegania wojnie przez danie państwom środków pokojowego rozwiązywania swoich konfliktów przestaje być zagadnieniem czysto teoretycznem, a coraz częściej zaczyna przyoblekać się w rzeczywistość. Zaczyna się powoli wykształcać cały system środków pozwalających państwom na załatwianie sporów bez uciekania się do siły zbrojnej. Począwszy od połowy ubiegłego stulecia, dążność ta wzrasta coraz bardziej, potężnieje i zyskuje na rozpiętości, a wyrazem tego jest ogromny rozwój arbitrażu, który w latach 1789—1840 stosowany tylko 23 razy, w latach 1841—1900 znalazł zastosowanie aż w 154 wypadkach [2].

Pomimo tego jednak, postęp w dziedzinie walki z wojną był w gruncie rzeczy nader mały. Jedynym rezultatem jaki się dał osiągnąć w przeciągu stu lat dzielących pierwszą konferencję pokojową od Rewolucji francuskiej było to, że podczas gdy dawniej

---

[1] Por. Politis »La justice internationale« Paris 1924, str. 29 i nast.; patrz także Francqueville »L'oeuvre de la Cour Permanente de Justice Internationale« Paris 1928, t. I. str. 17 i nast.

[2] Por. Bustamante »The world Court« New-York 1925, str. 6.

spory których w drodze dyplomatycznej nie można było rozwiązać kończyły się zazwyczaj wojną gdyż wojna była jedynym środkiem ich rozwiązania, to ewolucja uwieńczona przez konferencje haskie postawiła obok i na równi z wojną środki pokojowe, które służyć miały do rozwiązywania konfliktów między państwami. Same konferencje haskie nie wniosły w tej dziedzinie zasadniczo niczego nowego, lecz kładąc nacisk raczej na zebranie wyników dotychczasowego rozwoju aniżeli na wprowadzanie nowości i reform do których świat polityczny jeszcze nie był dojrzał, uwydatniają wszystko to, co w ciągu całego tego okresu osiągniętem zostało[1].

Dopiero Pakt Ligi Narodów wniósł ożywczy prąd świeżego powietrza do przesyconej krwią atmosfery powojennej. Pakt Ligi Narodów nie stawia przed państwami, tak jak to czynią konferencje haskie, alternatywy, każąc im w razie sporu wybierać między wojną z jednej a procedurą pokojową z drugiej strony jako równouprawnionymi środkami jego rozwiązania[2], lecz środki pokojowe wysuwa na plan pierwszy nakładając na państwa obowiązek prawny skorzystania z nich w razie sporu. Tylko pod pewnymi warunkami, w razie nieudania się medjacji Rady wolno państwom chwycić za broń. I na tem polega wielki postęp jaki się dokonał w dziedzinie walki z wojną w stosunku do r. 1907, a równocześnie w tem tkwi także wielka luka Paktu: nie wykluczając wojny w zupełności z arsenału środków dozwolonych dla załatwienia sporów, Pakt ogranicza prawo korzystania z niej każąc państwom przebyć naprzód całą przepisaną przez siebie procedurę pokojową, a dopiero potem, warunkowo, pozwala im skorzystać z siły zbrojnej. Ale Pakt w swych dążeniach do zapewnienia narodom pokoju i bezpieczeństwa nie ogranicza się do organizacji środków pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, lecz idzie jeszcze dalej i przyobleka we formę zobowiązania prawnego to, co konferencje haskie śmiały wyrazić zaledwie we formie rezolucyj czy »voeux« niewiążących, i każe państwom przeprowadzić rozbrojenie do minimum dającego się pogodzić z bezpieczeństwem narodowem (art. 8).

---

[1] Por. Hoijer »La sécurité internationale« Paris 1930, t. III. str. 8.

[2] Por. trafne uwagi Lorda Roberta Cecila w rozprawie »Origines de l'arbitrage international« (»La Revue des Vivants« kwiecień 1929, str. 603 i nast.).

W ten sposób znajdują swe uświęcenie w Pakcie wszystkie trzy ogniwa późniejszego trójczłonu genewskiego: arbitraż, bezpieczeństwo i rozbrojenie.

Czynniki te nie zostały wszystkie w jednakowy sposób ujęte przez Pakt. Już samo związanie problemu rozbrojenia ze stanem bezpieczeństwa poszczególnych państw sprawiło, że nie mógł on zostać rozwiązanym odrazu na konferencji wersalskiej, lecz że jego załatwienie musiano pozostawić przyszłej konferencji rozbrojeniowej. To też rozbrojenie pomyślane jest w Pakcie jako stan przyszły, który dopiero po przeprowadzeniu odpowiednich prac i badań nad problemem bezpieczeństwa może zostać zrealizowanym. Natomiast zagadnienie pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, które przez Pakt traktowane jest odrębnie, bez jakiejkolwiek zależności od innych problemów, można było odrazu w jakąś formę przyoblec i dlatego, z chwilą wejścia w życie Paktu, organizacja sądownictwa międzynarodowego w przeciwieństwie do rozbrojenia przybrała natychmiast kształty realne, choć zresztą narazie jeszcze niezbyt doskonałe. I w tem tkwi jedna z głównych przyczyn, dla których mimo luk, jakie Pakt w dziedzinie tej organizacji wykazuje, pierwsze lata działalności Ligi Narodów poświęcone były przedewszystkiem zagadnieniu rozbrojenia, a problemy pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych znalazły się chwilowo na drugim planie. Aczkolwiek w dalszym ciągu badane i dyskutowane w łonie Ligi, problemy te jako częściowo przynajmniej już rozwiązane, musiały ustąpić przed koniecznością zajęcia się kwestją rozbrojenia która narazie znajdowała się jeszcze w sferze postulatów, a której urzeczywistnienie przyoblekł Pakt we formę zobowiązania prawnego.

Pierwsze lata prac Ligi nad zagadnieniem rozbrojenia przynoszą pewne odchylenie od zasad Paktu. Pojawiają się mianowicie próby przeprowadzenia rozbrojenia wprost i bezpośrednio, z pominięciem kwestji bezpieczeństwa, której po odrzuceniu przez Anglję i Stany Zjednoczone układów gwarancyjnych nie chciano narazie poruszać, — i to bądź zapomocą odpowiedniej kompresji budżetów wojskowych, bądź nawet przez obniżenie stanów liczebnych armij i flot w drodze układu generalnego (projekt lorda Eshera z r. 1921). Usiłowania te zawiodły. Pod wpływem Francji toruje sobie drogę przekonanie, że jest niepodobieństwem przeprowadzić rozbrojenie bez dania państwom odpowiednich gwa-

rancyj bezpieczeństwa. Wyrazem tego jest słynna rezolucja XIV trzeciego Zgromadzenia Ligi[1] oraz projekty lorda Cecila i pułk. Requi'na z których wyłonił się następnie projekt paktu o wzajemnej pomocy, łączący problem rozbrojenia jaknajściślej z zagadnieniem bezpieczeństwa, a który główną gwarancję tegoż widzi w zakazie wojny napastniczej. Oznacza to niewątpliwie nawrót do zasad artykułu 8 Paktu, który zagadnienia te od samego początku traktował łącznie, ale nawrót, który narazie pozostaje bez rezultatów, gdyż trudno zabronić państwom w zupełności uciekania się do wojny nie dając im równocześnie środków umożliwiających załatwienie wszystkich konfliktów w drodze pokojowej[2].

Wprawdzie już na pierwszem Zgromadzeniu w r. 1920 pojawiają się wnioski zmierzające do wprowadzenia obowiązkowego arbitrażu w drodze odpowiedniej zmiany artykułu 13 Paktu, a nadto do zastosowania pomiędzy członkami Ligi Narodów procedury koncyljacyjnej, którą Pakt pominął zupełnem milczeniem — wniosków tych jednak Zgromadzenie nie przyjęło. Uznano bowiem za niewskazane, by Liga Narodów rozpoczynała swą działalność od zmiany Paktu, a przeciwnie, postanowiono przeczekać pewien czas, by zobaczyć, jak ten nowy Pakt będzie funkcjonował w praktyce[3]. Kwestję koncyljacji zaś zepchnięto niejako na boczny gościniec, przekazując ją specjalnemu komitetowi studjów (»Commission spéciale pour l'étude du procédé de conciliation«), który miał się zająć zbadaniem możliwości jej zastosowania w ramach systemu stworzonego przez Pakt. Wprawdzie II Zgromadzenie uchwaliło rezolucję

---

[1] »... 2. Dans l'état actuel du monde, un grand nombre de gouvernements ne pourraient assumer la responsabilité d'une sérieuse réduction des armements, à moins de recevoir en échange une garantie satisfaisante pour la sécurité de leur pays.

3. Une telle garantie peut être fournie par un accord défensif, accessible à tous les pays, qui engagerait les parties à porter assistance effective et immédiate et suivant un plan préétabli au cas où l'une d'elles serait attaquée«. (por. Actes de la III Assemblée séances plenières str. 291 i nast.).

[2] Por. Schücking-Wehberg »Die Satzung des Völkerbundes« II Aufl. Berlin 1924, str. 433; Dotremont »L'arbitrage international et le Conseil de la Société des Nations« Bruxelles 1929 str. 211 i nast.; Gonsiorowski »Société des Nations et problème de la Paix« Paris 1927 v. II., str. 446. Por. również William Martin »La sécurité des Etats« w »La Revue des Vivants« octobre 1929, str. 168.

[3] Por. Actes de la I Assemblée, séances plenières, str. 73 i 82, oraz Documents de la I Assemblée No. 12, 42 i 150.

zalecającą państwom korzystanie z procedury koncyljacyjnej i uznało ją za zgodną z duchem Paktu, a III Zgromadzenie wypracowało nawet projekt regulaminu dla przyszłych komisyj koncyljacyjnych, wyrażając równocześnie życzenie, by państwa przez zawieranie konwencyj partykularnych umożliwiły zawarcie w przyszłości układu koncyljacyjnego powszechnego, praktyczne jednak wyniki tej pracy były nader nikłe. — I nie bez przyczyny. Bo choć kwestję rozbudowy sądownictwa międzynarodowego pozostawiono narazie na uboczu wobec zajęcia się przedewszystkiem zagadnieniem rozbrojenia, to jednak zawsze rozpatrywano ją z punktu widzenia obligatoryjnego arbitrażu. Jak długo zaś łudzono się nadzieją, że przecież uda się zaprowadzić arbitraż obowiązkowy dla wszystkich czy przynajmniej dla większości sporów, a równocześnie na pierwszym planie znajdował się problem walki z wojną, który ujmowano przedewszystkiem od strony rozbrojenia, tak długo możliwości upowszechnienia koncyljacji nie brano pod rozwagę. Dopiero upadek protokołu genewskiego zmusił państwa do obniżenia lotu i zwrócił uwagę na możliwości, jakie dla pokoju świata zawiera racjonalnie przeprowadzona organizacja koncyljacji [1].

Zresztą także i losy wysuwanego ciągle arbitrażu nie były lepsze. Wprawdzie w toku obrad nad projektem lorda Cecila wystąpili delegaci skandynawscy Lange i Branting z wnioskami rozbudowy sądownictwa międzynarodowego, a Lange domagał się nawet, by państwa zamierzające skorzystać z przepisów projektu o pomocy na wypadek agresji, musiały uprzednio przystąpić do klauzuli fakultatywnej statutu Trybunału haskiego, wnioski te jednak upadły, a myśl związania zagadnienia sądownictwa międzynarodowego ze znajdującymi się wówczas na pierwszym planie problemami bezpieczeństwa i rozbrojenia uznano za przedwczesną [2]. Dopiero upadek paktu o wzajemnej pomocy wysunie zagadnienie to na plan pierwszy, a protokół genewski złączy je z traktowanymi już poprzednio łącznie problemami bezpieczeństwa i rozbrojenia.

---

[1] Por. Jean Ray »Commentaire du Pacte de la Société des Nations« Paris 1930, str. 402.

[2] Por. »Dix ans de coopération internationale« Genève 1930, str. 94 i nast. Tamże cytowana jest charakterystyczna odpowiedź lorda Cecila na wnioski skandynawskie: »La proposition de M. Branting et de M. Lange... est intéressante, mais ce serait une erreur de rendre plus difficile aux Etats la participation à ce traité... L'arbitrage obligatoire viendra en son temps«.

W ten sposób więc historja działalności Ligi w pierwszych latach powojennych wykazuje, jak dokoła kwestji rozbrojenia którą pomimo jej połączenia w Pakcie z zagadnieniem bezpieczeństwa traktowano początkowo odrębnie, grupują się zwolna i narastają kolejno problemy naprzód bezpieczeństwa a potem i arbitrażu, składając się wkońcu na ową słynną trylogję genewską z r. 1924.

Protokół genewski zrodził się z myśli, że państwom, którym dla zrealizowania idei bezpieczeństwa odbiera się w zupełności prawo korzystania z siły zbrojnej dla rozwiązywania swoich konfliktów, trzeba dać jakiś system środków pokojowego ich załatwiania, system nie zawierający luk i gwarantujący im, że w konkretnym przypadku nie znajdą się w sytuacji bez wyjścia. To też protokół genewski przewiduje cały skomplikowany aparat, umożliwiający załatwianie wszystkich sporów w drodze pokojowej, a równocześnie usiłuje rozwiązać problem bezpieczeństwa przez zakaz wojny napastniczej, uzależniając nadto swoje wejście w życie od pomyślnego załatwienia kwestji rozbrojenia. W ten sposób trzy zasadnicze tezy, dokoła realizacji których skupiała się cała działalność Ligi Narodów, arbitraż, bezpieczeństwo i rozbrojenie, zespolone zostały — na krótki czas zresztą — w jedną organiczną całość, a zagadnienie pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, traktowane dotychczas nieco po macoszemu, wysunęło się na plan pierwszy. Prof. Rappard, omawiając protokół genewski, określa go bardzo trafnie jako »an attempt to promote disarmament by creating security, to create security by outlawring war, to enforce the outlawry of war by uniting the world against the agressor, and to base this union of mutual protection upon the fundamental principle of compulsory arbitration« [1].

Pomimo tę swoją wszechstronność, protokół genewski nie wydał rezultatów. Zaciążył na nim brak Stanów Zjednoczonych w Lidze i dlatego Anglja odmówiła mu swego poparcia. Z drugiej strony jednak, ta sama Anglja, nie chcąc ściągać na siebie odium niepopularności za udaremnienie tyloletnich wysiłków nad rozbrojeniem i bezpieczeństwem europejskiem, występuje z tezą paktów regjonalnych, które realizując przynajmniej część zasad za-

---

[1] Por. Rappard »International relations as viewed from Geneva« New-Haven 1925, str. 156.

wartych w protokole genewskim, stanowiłyby niejako jego surogat i ułatwiły rozczarowanym ludom przejście do porządku dziennego nad jego upadkiem [1]. W ten sposób powstaje idea układów partykularnych, która zaaprobowana przez Radę i Zgromadzenie Ligi [2], wywarła decydujący wpływ na rozwój sądownictwa międzynarodowego, a w konsekwencji także i problemu bezpieczeństwa. Porzucone zostają chwilowo wysokie ideały zupełnego zabezpieczenia się przed wojną przez wprowadzenie obowiązkowego arbitrażu, zagwarantowanie bezpieczeństwa, pakt o nieagresji i rozbrojenie w drodze jednego powszechnego układu międzynarodowego obejmującego wszystkie państwa cywilizowane. Upadek protokołu genewskiego wykazał, że organizacja międzynarodowa nie jest na to jeszcze dostatecznie posunięta naprzód i że rzeczą istotną jest nie wynalezienie formułki ujmującej całokształt zagadnień bo to jest względnie łatwem, lecz takie ujęcie problemu, które stanowiąc postęp w stosunku do stanu już istniejącego, nadawałoby się do przyjęcia i zastosowania przez wszystkie państwa [3]. I dlatego gdy idea układów partykularnych pojawiła się na horyzoncie politycznym, nawet te państwa, które zasadniczo by może wolały system protokołu genewskiego, musiały pogodzić się z nowowytworzoną sytuacją i zgodzić się na zawarcie takich układów.

Z istoty jednak układów regjonalnych wynikało, że regulując kwestję bezpieczeństwa pomiędzy państwami sygnatarnemi, nie mogły one dotyczyć takich materyj, któreby naraziły na szwank bezpieczeństwo tych państw ze strony państw trzecich nie biorących w nich udziału — rzecz która nabierała szczególnego znaczenia ze względu na brak Stanów Zjednoczonych w Lidze Narodów. Toteż układy te, zawierając postanowienia o gwarancji status terytorjalnego, o pomocy na wypadek agresji, o pokojowem załatwianiu sporów międzynarodowych i t. d., nie mogły z natury rzeczy rozwiązać kwestji rozbrojenia, z uwagi na jej zależność od stanu bezpieczeństwa powszechnego. Tem się też poczęści tłomaczy, że układy lokarneńskie, wysuwając na pierwszy plan problem bezpieczeństwa i pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, problem rozbro-

---

[1] Por. William Martin l. c. str. 169.

[2] Por. Journal Officiel rok VI nr. 4 str. 450 oraz Actes de la VI Assemblée séances plenières str. 130.

[3] Por. Dotremont op. cit. str. 294.

jenia pozostawiają na uboczu. W ten sposób trylogja genewska została rozerwana i odtąd zagadnienia objęte układami lokarneńskiemi wysuwają się na czoło, pozostawiając kwestję rozbrojenia, która pierwotnie stanowiła punkt wyjścia i jądro wszystkich problemów i dokoła której skupiały się i narastały stopniowo dalsze problemy, na warsztacie pracy komisji przygotowawczej.

Odnośnie do specjalnie nas zajmującej kwestji sądownictwa międzynarodowego oznaczają układy w Lokarno nawrót do zasad Paktu Ligi, którego twórcy zdawali sobie sprawę, że wprowadzenie arbitrażu obowiązkowego dla wszystkich państw jest w obecnej sytuacji politycznej niemożliwem i że należy pozostawić ich uznaniu, z kim chcą a z kim nie chcą związać się węzłem arbitrażu [1]. Uwydatniają dalej jeszcze raz naukę daną przez konferencje haskie, że innowacje przeprowadzać należy tylko drogą układów partykularnych, a droga traktatów powszechnych wskazana jest nietyle dla przeprowadzania reform i daleko idących zmian, ile dla ujęcia i utrwalenia tego, co już przez umowy partykularne osiągniętem zostało [2]. Uwypuklają wreszcie niezwykłą elastyczność i giętkość Paktu, który przewidując cały szereg środków mających zapewnić pokój, nie wiąże państw w ich wyborze, nie narzuca takiego czy innego rozwiązania, lecz zakreślając granice działania, poza które państwom wykroczyć nie wolno, pozostawia im w ich obrębie zupełną swobodę, dzięki której państwa mogą dążyć do utrzymania pokoju i bezpieczeństwa w sposób rokujący w danej chwili największe widoki na powodzenie, a więc wysuwając na plan pierwszy zagadnienie czyto rozbrojenia, czy też znów pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych.

I od tej chwili rozwój będzie już szedł drogą wytyczoną przez układy lokarneńskie z tą jedynie różnicą, że gdy warunki stworzone przez traktaty pokojowe nie pozwolą wszystkim państwom na zawarcie układów gwarancyjnych na wzór paktu reńskiego, to z konieczności będzie musiało nastąpić dalsze rozszczepienie spuścizny protokołu genewskiego, i odtąd zagadnienia arbitrażu i bezpieczeństwa traktowane będą odrębnie, a problemowi sądownictwa międzynarodowego jako warunkującemu bezpieczeństwo a jeszcze bardziej może ze względu na większą łatwość jego rozwiąza-

---

[1] Por. Scelle »Une crise de la Société des Nations« La Flèche 1927, str. 174 i nast.

[2] Trafne uwagi u Hoijera l. c. str. 8.

nia, poświęcona zostanie szczególna uwaga, **p r z e d** wszystkimi innymi problemami związanymi z kwestją bezpieczeństwa.

Dwiema drogami następował ten rozwój sądownictwa międzynarodowego: bądź przez przystępowanie państw do klauzuli fakultatywnej Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, bądź też — częściej — przez zawieranie osobnych konwencyj arbitrażowych i koncyljacyjnych na wzór lokarneńskich. W ciągu tylko dwóch lat od chwili ich podpisania, zawartych zostało 30 traktatów arbitrażowo-koncyljacyjnych, nie licząc 13 konwencyj tylko arbitrażowych i 5 konwencyj koncyljacyjnych [1], a wszystkie niemal korzystają z postępów osiągniętych w Lokarno.

W ten sposób układy lokarneńskie, choć partykularne, stają się zwolna **p o w s z e c h n i e o b o w i ą z u j ą c y m i**, a z chwilą uwydatnienia się tego faktu, pojawia się w Lidze Narodów znowu myśl zawarcia traktatu **g e n e r a l n e g o**, który obejmując możliwie największą liczbę państw, stanowiłby niejako kodyfikację wszystkich w dziedzinie sądownictwa międzynarodowego osiągniętych postępów, a równocześnie usunął — w granicach możliwości — braki które układy lokarneńskie i większa część wyrosłych z ich ducha konwencyj partykularnych niewątpliwie posiada. Zdawano sobie przytem sprawę z tego, że kodyfikacja taka, upowszechniając zasadę obowiązkowego pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, stanowiłaby poważną gwarancję bezpieczeństwa i mogłaby znacznie ułatwić prace komisji przygotowawczej dla konferencji rozbrojeniowej. Z myśli tej zrodził się Akt generalny uchwalony w r. 1928 przez IX Zgromadzenie Ligi Narodów.

Historja powstania tego Aktu jest niezmiernie pouczającą, podkreśla bowiem dobitnie ścisłą łączność jaka z natury rzeczy zachodzi pomiędzy organizacją sądownictwa międzynarodowego a stanem bezpieczeństwa i uzbrojeniem państw, ale równocześnie wskazuje, jak państwa nauczone już upadkiem protokołu genewskiego i późniejszymi wypadkami a zwłaszcza niepowodzeniem usiłowań o zawarcie Lokarna wschodniego, problemy te wyodrębniają, każdy z nich traktują osobno i unikając w ten sposób tego, co w głównej mierze spowodowało upadek protokołu genewskiego, mają możność osiągnięcia przynajmniej w dziedzinie sądownictwa międzynarodowego pozytywnych rezultatów.

---

[1] Według D o t r e m o n t op. cit. str. 290.

W r. 1927 Zgromadzenie Ligi Narodów z okazji dyskusji nad kwestją rozbrojenia poleciło komisji przygotowawczej, by powołała do życia osobny komitet, który, pozostając z nią w ścisłym kontakcie, miałby za zadanie »l'étude des mesures susceptibles de donner à tous les Etats les garanties d'arbitrage et de sécurité, nécessaires pour pouvoir fixer le niveau de leurs armements aux chiffres les plus bas dans un contrat international de désarmement«[1]. Rezolucja ta podkreśla bardzo dobitnie tę łączność wewnętrzną, jaka istnieje pomiędzy wszystkimi problemami pozostałymi w spuściźnie po protokole genewskim, i łączność tę uwypukla zarówno określając cele i zadania nowoutworzonego komitetu, dla zrealizowania których komitet ten opracuje później projekty dotyczące sądownictwa międzynarodowego i niektórych innych zagadnień związanych z kwestją bezpieczeństwa (projekty traktatów o nieagresji i o wzajemnej pomocy)[2], jak i normując jego stosunek do komisji przygotowawczej, dla której miał stworzyć warunki umożliwiające jej zwołanie konferencji rozbrojeniowej.

Z drugiej strony jednak komitet ten zdawał sobie jasno sprawę z tego, że w obecnej sytuacji politycznej związanie wszystkich problemów ze sobą, połączenie ich w jednym akcie międzynarodowym i uzależnienie w ten sposób realizacji jednego z nich od zgody państw na realizację drugiego, byłoby powtórzeniem błędu z r. 1924 a nie przyniosłoby żadnych korzyści[3]. To też komitet

---

[1] Por. Journal Officiel rok IX nr. 5, str. 687.

[2] Oprócz konwencyj dotyczących pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych z których wyłonił się późniejszy Akt generalny, opracował komitet arbitrażu i bezpieczeństwa ponadto jeszcze dwa projekty konwencyj o nieagresji a to jeden zbiorowy, drugi bilateralny, oraz projekt konwencji zbiorowej o wzajemnej pomocy (por. Journal Officiel r. IX nr. 5 str. 610 i nast. oraz nr. 8, str. 1144 i nast.).

[3] Wyraz temu dał delegat grecki Politis w toku dyskusji w komisji politycznej IX Zgromadzenia, zbijając wywody hr. Apponyi'ego, który wystąpił z ostrą krytyką prac komitetu arbitrażu i bezpieczeństwa. Politis wywodził m. i.: »Il existe deux sortes de liaison entre le travail du Comité d'arbitrage et de securité et la question de désarmement. La première est une liaison essentielle, constitutionnelle. Le comité d'arbitrage et de sécurité a été en effet chargé de rechercher des garanties nouvelles de sécurité, propres à faciliter l'oeuvre du désarmement. L'autre liaison est occasionnelle. En 1923 le projet d'assistance mutuelle, et, en 1924, le Protocole de Genève, établissaient déjà un lien intime entre le droit pour un Etat de réclamer l'assistance et l'exécution par lui des obligations assumées par ailleurs en matière de réduction et de limitation des ar-

rozpatrywane przez siebie zagadnienia: pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, zapewnienia bezpieczeństwa i interpretacji artykułów 10, 11 i 16 Paktu potraktował odrębnie, przydzielił je osobnym referentom, a wyniki swoich prac ujął w osobne konwencje, dając przez to państwom możność uregulowania tego czy innego odcinka swoich stosunków międzynarodowych, zależnie od specyficznych warunków, w jakich się każde z nich znajduje.

Co się tyczy kwestji pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, to w tej dziedzinie komitet arbitrażu i bezpieczeństwa opracował aż sześć projektów, z tego trzy projekty konwencyj zbiorowych oznaczone literami A, B, C, oraz trzy projekty układów bilateralnych oznaczone literami a, b, c, które odpowiadały oznaczonym takimiż literami konwencjom zbiorowym. Najdalej idącymi były projekty oznaczone literami »A« i »a«, gdyż odnosiły się do wszystkich sporów międzynarodowych, zarówno prawniczych, które podpadać miały bądź pod orzecznictwo Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej bądź też pod arbitraż, jak i nieprawniczych, które poddawane być miały naprzód koncyljacji, a w razie nieudania się tejże, arbitrażowi, przyczem w sporach prawniczych procedura koncyljacyjna miała charakter fakultatywny. Konwencje oznaczone literami »B« i »b« odpowiadały w zupełności traktatom lokarneńskim i jak one, przewidywały orzecznictwo Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej względnie arbitraż dla sporów prawniczych, zaś koncyljację dla sporów nieprawniczych. Konwencje oznaczone literami »C« i »c« ustanawiały dla wszystkich sporów tylko koncyljację.

Projekty te przedłożone zostały w r. 1928 IX sesji Zgromadzenia Ligi. W toku dyskusji, jaka się nad nimi wyłoniła w I-szej komisji, zwrócił delegat szwedzki Unden uwagę na to, że brak pomiędzy konwencjami jakiegoś węzła, któryby je łączył, skutkiem czego dwa państwa, z których jedno przystąpi np. do konwencji »A« zaś drugie do konwencji »B«, nie będą w razie sporu niczem związane i nie będą musiały go poddać żadnej procedurze pokojowej, nawet koncyljacji, pomimo, że postanowienia obu konwen-

---

mements. ...Ces deux liaisons — l'une constitutionnelle, l'autre occasionnelle — sont complètement différentes. C'est la deuxième liaison que le Comité d'arbitrage et de sécurité avait estimé prématurée. La première n'est nullement en question«. (por. Actes de la IX Assemblée, III Commission str. 19).

cyj są w tej mierze identyczne [1]. Uwagę tą uznała komisja za słuszną i przystąpiła do zbadania środków stworzenia odpowiedniej łączności pomiędzy konwencjami. Dwie drogi miała komisja przed sobą: albo pozostawić konwencje takiemi, jakiemi były, a połączyć je tylko przez utworzenie wspólnego protokołu dodatkowego, albo też znieść ich odrębność, stopić je w jedną całość, a państwom pozwolić na przystępowanie bądź do całości, bądź też tylko do poszczególnych części któreby odpowiadały konwencjom B i C. Po długich dyskusjach obrała komisja tę ostatnią drogę, a z połączenia projektów A, B i C powstał dzisiejszy Akt generalny [2].

---

[1] Por. Actes de la IX Assemblée, I Commission str. 28.

[2] Politis, który jest jednym z głównych autorów Aktu, uzasadniał ten wybór w następujący sposób: »En premier lieu, il y a dans le système unitaire, entre les divers engagements que, dans ce cadre les Etats pourront prendre, le lien qui n'existait pas entre les trois conventions séparées. Ce lien non seulement existe — et on le concevera facilement — mais il est apparent, visible, par le fait même que les engagements viennent s'inscrire dans le même acte et qu'en vertu du même acte les Etats se trouvent obligés.

En second lieu, la codification, qui a été recherchée par le Comité d'arbitrage et de sécurité, des progrès qui ont été réalisés dans la pratique par les procédures pacifiques, est mieux assurée par le système unitaire, qu'elle ne l'est par le système triparti. En effet, cet acte unique qui englobe les trois conventions se présente comme une sorte de charte de la Société des Nations en matière de règlement pacifique des différends internationaux. Ce texte unique est propre à produire la même impression sur l'opinion publique, à exercer la même influence morale que la Convention de 1907 élaborée par la deuxième Conférence de la paix à la Haye sur la même matière, le règlement pacifique des conflits internationaux.

En troisième lieu, l'unité de texte offre plus de simplicité non seulement apparente mais aussi réelle, et aussi plus de facilités pratiques, et pour son adoption et pour son application. Désormais, si l'on suppose adopté l'Acte qui vient d'être élaboré... il ne sera pas nécessaire d'avoir cette complication de citation, de dire »Article 13 de la Convention A«, »Article 13 de la Convention B«, ou »Article 13 de la Convention C«. Il n'y aura qu'à citer un seul texte; aucune confusion ne sera possible. Mieux, au point de vue de la pratique de l'approbation, surtout par les parlements, il a semblé à la Sous-Commission qu'il serait infiniment plus simple, plus facile de faire comprendre à la représentation nationale le mécanisme de ce règlement des litiges internationaux, lorsque toutes les procédures seront réunies et logiquement coordonnées dans un texte, que lorsqu'elles sont éparpillées dans trois conventions élaborées et indépendantes.

Le quatrième et dernier avantage... est l'élasticité et la souplesse que le Comité d'arbitrage et de sécurité avait cherché à donner aux conventions relatives aux règlements pacifiques de manière à les adapter

Akt generalny odpowiada w zupełności projektowi konwencji »A«, a więc projektowi najdalej idącemu i odnosi się do wszystkich sporów międzynarodowych, ale równocześnie przez danie państwom możności zaciągania w tej mierze zobowiązań częściowych akcentuje to, co już komitet arbitrażu i bezpieczeństwa w swojej »note introductive« do przedłożonych Zgromadzeniu projektów zaznaczył, a mianowicie, że w obecnej sytuacji politycznej nie wszystkie państwa chcą czy mogą poddać się bez zastrzeżeń arbitrażowi i że wobec tego lepiej im umożliwić zaciągnięcie zobowiązań mniejszych, aniżeli przez kurczowe trzymanie się doktryny narazić całe dzieło na niepowodzenie.

Praktyka potwierdziła w zupełności słuszność tego stanowiska. Rządy, które początkowo z pewną rezerwą odnosiły się do Aktu, zaczęły zwolna okazywać coraz większe zrozumienie dla niego a XI Zgromadzenie Ligi Narodów w r. 1930 stało już pod znakiem przystąpień do jego postanowień

Akt generalny poczęty jest z ducha protokołu genewskiego i jak on ma na celu zapewnienie rozwiązywania wszystkich konfliktów międzynarodowych na drodze pokojowej. Tylko podczas gdy protokół genewski obejmował całokształt zagadnień związanych z kwestją pokoju i łączył w jedną całość wszystkie odnośne problemy pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych, bezpieczeństwa i rozbrojenia, przewidując ich równoczesną realizację, to Akt generalny wskrzesza tylko tę część protokołu, która dotyczy pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych. Spuścizna protokołu genewskiego, rozszczepiona po jego upadku na trzy odrębne części, nie została już nigdy złączona w jedną całość, lecz opracowywana była w trzech odrębnych ramach, z których jedną ma być właśnie Akt generalny.

Przejmując częściowe dziedzictwo protokołu genewskiego, Akt generalny nie rości sobie pretensyj do wyłączności w dziedzinie przez siebie unormowanej (art. 29), ale równocześnie akcentuje bardzo silnie swoją tendencję do objęcia jak największej liczby państw. Jest on generalny pod każdym względem. Odnosząc się do wszystkich sporów, a więc zarówno określanych wedle utartej

---

à toutes les necessités, à toutes les circonstances particulières qui se présentent dans la vie internationale. Cette souplesse et cette élasticité se trouvent mieux garanties avec le système unitaire qu'avec le système triparti«. (por. Actes de la IX Assemblée, I Commission str. 58 i nast.).

terminologji mianem prawniczych jak i nieprawniczych, daje on swym sygnatarjuszom możność rozwiązywania wszystkich ich konfliktów w drodze pokojowej. W tym celu obejmuje Akt generalny wszystkie we współczesnych stosunkach międzynarodowych w użyciu będące środki pokojowego załatwiania sporów. Jedynie medjacja Rady Ligi Narodów pozostawioną została poza ramami Aktu, co tłomaczy się względami na państwa nie należące do Ligi, którym chciano w ten sposób ułatwić przystąpienie do jego postanowień. Akt generalny otwarty jest dla wszystkich państw. Samo zgłoszenie przystąpienia wystarczy do zaciągnięcia w tej mierze zobowiązań, i wszystkie inne formalności jak ratyfikacja i t. p. są zbędne.

Akt generalny stanowi dzisiaj ostatni wyraz postępu w dziedzinie kodyfikacji środków dotyczących pokojowego załatwiania sporów międzynarodowych. W stosunku do Paktu Ligi Narodów, na której gruncie wyrósł, stanowi on duży krok naprzód, gdyż umożliwia rozstrzyganie w s z y s t k i c h sporów na drodze pokojowej. W stosunku do Paktu Kellogga, z którym wydany został niemal równocześnie, stanowi on uzupełnienie, niejako »réglement d'application« jego artykułu 2, który nakłada na państwa kontraktujące, zrzekające się w zupełności wojny jako środka polityki narodowej, obowiązek załatwiania wszystkich konfliktów w drodze pokojowej. Bez Aktu generalnego byłby Pakt antywojenny dokumentem kadłubowym, niezupełnym, gdyż zobowiązywałby państwa do czegoś, co z braku odpowiednich instytucyj nie było by się dało osiągnąć. Przez wejście w życie Aktu generalnego, nabrały postanowienia Paktu Kellogga właściwego znaczenia i dziś niema już prawnie żadnej przeszkody, którąby nie pozwalała na zrealizowanie szczytnej zasady wyrażonej w art. 1 Paktu.

Że t. zw. położenie polityczne państw, a w gruncie rzeczy brak należytego zrozumienia własnego interesu ze strony czynników rządzących w różnych państwach pozbawia przepisy Paktu paryskiego tego znaczenia w stosunkach międzynarodowych, jakie posiadać powinien, to nie wina twórców odnośnych dokumentów. P r a w n i c z o, dziś wszystko już jest gotowe, by wojnę ze stosunków międzynarodowych na zawsze wykluczyć.

Konstanty Grzybowski.

Dyktatura Prezydenta Rzeszy.

Studjum nad art. 48, ust. II. Konstytucji weimarskiej i rozwojem państwa autorytatywnego w Niemczech.

I. Punkt wyjścia ewolucji.

Założenia Konstytucji Weimarskiej.

Założeniem Konstytucji Weimarskiej była suwerenność ludu. Grupy polityczne i socjalne przed rewolucją decydujące, rewolucją oszołomione, szukały w tej zasadzie punktu oparcia dla ocalenia istniejącego porządku kulturalnego, gospodarczego i socjalnego przed natychmiastową likwidacją Grupy demokratyczne i umiarkowanie socjalistyczne widziały w niej ostateczne zabezpieczenie się przed powrotem przedrewolucyjnego stanu rzeczy: monarchją i »państwem-zwierzchniczem« (Obrigkeitsstaat) jako przeciwstawieniem »państwa ludowego« [1]. Grupy te w tej tylko zasadzie widziały możność przeciwstawienia się suwerenności proletarjatu, ratunek przed tem, by przewrót nie poszedł jeszcze dalej na lewo,

[1] Przeciwstawienie: »Volksstaat« i »Obrigkeitsstaat« jako przeciwstawienie Niemiec weimarskich i Niemiec bismarckowskich rozwinięte zostało przedewszystkiem przez Hugona Preussa, głównego twórcę Konstytucji weimarskiej. (»Obrigkeitsstaat« często zresztą występuje u niego pod nazwą »Obrigkeitsregierung« i wtedy akcent pada tylko na konstrukcję egzekutywy, na rząd niezależny od woli ludności i niezależny od legislatywy). O co w tych przeciwstawieniach idzie najjaśniej może wskazuje następujące określenie: »Das Wesen der demokratischen Republik erchöpft sich nich darin, an die Stelle dynastischer Obrigkeit die gewählten Vertrauensmänner des Volkes zu setzen, vielmehr findet sie ihre feste geistige Grundlage und stärkste moralische Kraft darin, dass als zusammenhaltendes Band des Staatswesens an die Stelle der Untertanigkeit unter eine Dynastie das nationale Selbstbewusstsein eines sich selbst organisierenden Staatsvolkes tritt« (Denk-

a także możność przeciwstawienia się suwerenności poszczególnych państw niemieckich, ratunek przed tem, by rewolucja nie rozluźniła jednolitości Rzeszy. Suwerenność ludu nie była w tym okresie jedynie frazesem, we wstępie do Konstytucji uwiecznionym, ale rzeczywistym programem politycznym, tworem walki i przeciwstawienia się innym programom, jak każdy twór walki żywym.

Suwerenność Ludu była w Konstytucji Weimarskiej ujęta w sposób odmienny, niż w większości innych konstytucyj demokratycznych. Konstytucja weimarska nie stanęła na czystem stanowisku demokracji reprezentacyjnej o jedynym bezpośrednio od Ludu wywodzącym się reprezentancie — parlamencie, lecz połączyła w sobie dwóch równorzędnych i równie bezpośrednio od Ludu wywodzących się reprezentantów — parlament i Prezydenta Rzeszy. Konstytucja weimarska nie stanęła również na stanowisku demokracji wyłącznie reprezentatywnej, a więc ograniczenia Ludu do wyboru reprezentantów — lecz obok tego powierzyła Ludowi dalsze funkcje, nadające pewnym przepisom konstytucji charakter demokracji bezpośredniej. Sposób, w jaki połączono w Konstytucji Weimarskiej demokrację pośrednią o dwóch naczelnych organach — prezydencie i Reichstagu z demokracją bezpośrednią o jednym naczelnym organie — Ludzie, to jest ogóle wyborców, stanowił jej najistotniejszą cechę i — dla jej twórców — istotę mechanizmu państwowego, przez nią stworzonego.

Dla ujęcia tego sposobu najwłaściwszem jest słowo: »balance« [1]. W jakiem znaczeniu słowo to daje się zastosować do wzajemnego stosunku Reichstagu (Legislatywy) Prezydenta (Egzekutywy) i Ludu wedle Konstytucji Weimarskiej — na to wskaże następująca tablica [2].

---

schrift zum Verfassungsentwurf przedrukowany w tomie Staat, Recht und Freheit str. 370) Akcent spoczywa więc tu nie tyle na pewnych normach ustrojowych, ile na pewnych czynnikach polityczno-psychologicznych. Pr. także »Vom Obrigkeistaat zum Volkstaat«. (Handbuch der Politik II. Aufl., III. Buch).

[1] Pojęcie rozwinięte przez Karola Schmitta (zwłaszcza »Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus«. München 1926) II. Wyd., str. 50 nast. Dla Schmitta jednak najczęściej »balance« jest wypływem jedynie liberalnego myślenia i metodą skrępowania organów państwa w interesie swobody jednostek a nie metodą znalezienia demokratycznej decyzji na wypadek konfliktu tych organów (por. jednak Schmitta: Verfassungslehre str. 197 in fine.

[2] Schmitt: Verfassungslehre str. 197.

Legislatywa:	Egzekutywa:
	Inicjatywa ustawodawcza Egzekutywy wobec Legislatywy (art. 68, Konst. Weim.).
Uchwalenie ustawy przez Legislatywę (art. 68, ust. 2).	
	Odwołanie się do głosowania ludowego przez egzekutywę przeciw uchwale Legislatywy (art. 73 Kons.).
Votum nieufności Legislatywv wobec Kanclerza i Ministrów (art. 54).	
	Rozwiązanie Legislatywy przez Prezydenta Rzeszy (art. 25 Konst.).
Wniosek Legislatywy o złożenie Prezydenta z urzędu w głosowaniu ludowem (art. 43, ust. 2 Konst.).	
Postawienie Prezydenta i Ministrów w stan oskarżenia (art. 59 Konst.).	

LUD
utrzymuje balance i decyduje.

»Balance« zawiera tedy w sobie dwa pojęcia [1]. Z jednej strony zawiera pojęcie pewnej równowagi między dwoma równorzędnymi organami Ludu: Konstytucja uzależnia wzajemnie od siebie te organy w ten sposób, że żaden z nich nie może — w normalnym, przez Konstytucję przewidzianym, rozwoju rzeczy — podporządkować sobie drugiego. Z drugiej strony jednak zawiera w sobie pojęcie czynnika (jest nim Lud), który umożliwia stałe utrzymywanie tej równowagi w ten sposób, że na wypadek konfliktu obu równorzędnych czynników on, jako czynnik nadrzędny, decyduje. Połączenie tej równorzędności Reichstagu i Prezydenta z nadrzędnym stanowiskiem Ludu i z możnością decydowania przez Lud stanowi

[1] Wbrew pierwotnej definicji Schmitta w »Parlamentarismus« j. w.

cechę charakterystyczną systemu weimarskiego. Prezydent i Reichstag wspólnie rządzą, to znaczy dyskutują, rozważają pro i contra, zawierają kompromisy (w ustroju burżuazyjno-parlamentarnym rządzenie to dyskusja i kompromis), ale Lud nie jest ograniczony (jak w wszystkich prawie demokracjach pośrednich, to znaczy w wszystkich prawie wielkich państwach) do wybierania reprezentantów, lecz może w pewnych zasadniczych momentach, w razie odwołania się do niego jego przedstawicieli, powiedzieć »tak« lub »nie« i suwerennie rozstrzygnąć. Do Ludu należy faktycznie nietylko wybór osób, lecz również ostateczna decyzja o sprawie[1].

Pierwotna rola art. 48 w mechaniźmie Konstytucji weimarskiej.

Jest rzeczą charakterystyczną, że to postanowienie Konstytucji Weimarskiej, które w rozwoju dziejowym pierwszych 13 lat republiki miało przełamać schemat zasadniczy ustroju i rozrość się w dyktaturę Prezydenta Rzeszy, by następnie ułatwić przejście do obecnej dyktatury kanclerza Rzeszy — w I. projekcie Preussa art. 63, w konstytucji art. 48, ust. 2 — nie było przedmiotem dyskusji w pierwszych miesiącach pracy konstytucyjnej. Brak o nim wogóle mowy w uzasadnieniu, ogłoszonem przez Preussa wraz z I. projektem. Dopiero w VIII Komisji (Konstytucyjnej) Zgromadzenia Narodowego przy dyskusji szczegółowej poświęcono mu nieco uwagi, i wtedy jednak nawet uważano go raczej za przepis o drugorzędnem znaczeniu. Zmiany wprowadzone przez Komisję i Zgromadzenie Narodowe ograniczyły się do formalnego połączenia przepisów o egzekucji Rzeszy na krajach i o zarządzeniu przez Prezydenta Rzeszy stanu wyjątkowego w jednym artykule i do zmiany postanowienia o konieczności »zatwierdzenia« przez Reichstag zarządzeń Prezydenta na postanowienie o konieczności ich »uchylenia«, jeśli Reichstag tego »zażąda«. Zresztą — jeśli pominiemy zastrzeżenia skrajnej le-

---

[1] Identyfikacja: Lud, suwerenność Ludu — to znaczy decyzja typowa dla konstrukcyj Schmitta (który zaważył decydująco na praktyce konstrukcyjnej Niemiec 1929—1932 r., a wpływa wybitnie również na konstrukcje konstytucyjne Niemiec Hitlerowskich) pojawia się już znacznie wcześniej, bo w uzasadnieniu Preussa do jego pierwszego projektu Konstytucji niemieckiej (a więc w styczniu 1919): »Da sowohl der Reichspräsident wie das Parlament ihre politische Gewalt vom deutschen Volke ableiten, so muss die Entscheidung über sonts nicht auszugleichende politische Konflikte wiederum dem Volke zufallen«. Patrz aneks I.: Carl Schmitt.

wicy tj. niezależnych socjalistów i zastrzeżenia skrajnych federalistów t. zn. bawarskiej partji ludowej [1] — artykuł 48 Konstytucji Rzeszy był tym, który został może najbardziej zgodnie z całej Konstytucji przez wszystkich przyjęty [2].

Równie zgodną była pierwotnie interpretacja tego przepisu. Widziano w nim przejęcie dotychczasowego art. 68 Konstytucji bismarckowskiej, przyznającego cesarzowi prawo ogłaszania stanu oblężenia [3]. Postanowienie art. 48 uważano za ramowe, które w przyszłości — i to niedalekiej — miało być wypełnione zapowiedzianą w nim ustawą, a więc zakres kompetencyj Prezydenta nim określony, uważano za prowizoryczny [4]. W każdym razie twierdzono, że nawet art. 48 (przed wejściem w życie ustawy ramowej) nie daje Prezydentowi prawa wydawania rozporządzeń z mocą ustawy [5],

---

[1] Tym to federalistom udało się wprowadzić do Konstytucji art. 48, ust. 4 (prawo zawieszania stanu wyjątkowego również dla krajów Rzeszy).

[2] W pierwszem czytaniu w Komisji Konst. przyjęto oba te artykuły (68 i 69 które się złożyły na obecny art. 48) w dniu 9 kwietnia 1919 bez żadnej zmiany. W II czytaniu w Komisji (9 czerwca) tylko do przepisów o egzekucji Rzeszy proponowali — bezskutecznie — socjaliści pewne poprawki. W II czytaniu na plenum (5 lipca 1919) przyjęto obecne brzmienie (na wniosek stronnictw prawicy i środka aż po demokratów) a odrzucono poprawkę niezależnych socjalistów na skreślenie całego przepisu o stanie wyjątkowym i wniosek socjalistów o skreślenie w tym przepisie słów »und Ordnung«. Połączenia przepisów o egzekucji Rzeszy i stanie wyjątkowym w jeden obecny art. 48 dokonano dopiero w trzecim czytaniu na plenum (30 lipca 1919 wniosek dep. dr Haasa, demokraty).

[3] Preuss w Komisji VIII. Zgrom. Nar. w odpowiedzi na wywody Cohna do tego artykułu: »Auch Abg. Cohn könne ohne den Belagerungszustand nicht auskommen«... »Die nähere Regelung des Belagerungszustands wird durch ein Reichgesetz... erfolgen... Na tem samem stanowisku identyfikacji zarządzeń z art. 48, II. i stanu oblężenia stoi jeszcze Lucas (»Die org. Grundlagen der RV. 1922, str. 36) w zasadzie również i Wittmayer (»Die weimarer RV. 1922, str. 398) w zupełności Hatschek« (»Deutsches u. preuss. STR.« 1923 t. I., str. 169 n.). O treści pojęcia stanu oblężenia i jego rozwoju w XIX w. p. przedewszystkiem Schmitt (»Die Diktatur. II. wyd., 1928, str. 171 i nast.). Odmienne stanowisko Schmitta (Die Diktatur des Reichspräsidenten« W Veröff. der Ver. der d. Staatsrechtslehr. H. I. str. 78) opiera się na niezupełnie jasnych wywodach dep. Ablassa i nie jest przekonywujące. Por. zresztą wywody Nawiaskyego w Arch. d. o. R. (NF. IX, str, 55 n.).

[4] Preuss j. w., także Preuss: Um die Reichsverfassung von Weimar str. 38 n.

[5] Preuss w Zgrom. Nar. »Die Notverordnung ist absichtlich aus dem Entwurf herausgelassen worden... In normalen Zeiten kann heutzutage das Parlament immer schnell genug einberufen werden, um die

a najwyżej prawo wydawania zarządzeń, zawierających normy prawne [1], ale czasowo ograniczonych do okresu trwania stanu wyjątkowego. Za najzupełniej zaś wykluczone uważano, aby art. 48 dawał Prezydentowi prawo do zawieszania (wyraźnie lub dorozumianie) jakichkolwiek postanowień Konstytucji (z wyjątkiem wyraźnie w nim wymienionych artykułów) [2].

---

nötigen Gesetze zu erlassen. Für besonderen Störungen der Sicherheit sind ja die Bestimmungen des Art. 68 (w Konst. 48) vorgesehen. Natürlich liegt die Sache in auserordentlichen Zeiten anders. Aber da wird immer die Möglichkeit gegeben sein, im Wege der Gesetzgebung für gewisse Zeit und unter gewissen Voraussetzungen eine Ermächtigung zum Erlass von Vorordnungen zu erteilen«. Praktyka pierwszych lat poszła częściowo też po linji tego rozróżnienia i, o ile Prezydent miał wydawać rozporządzenia z mocą ustawy, nie czynił tego na podstawie art. 48, II., lecz osobnej ustawy o pełnomocnictwach (np. ustawa z 17-go kwietnia 1919 — przed uchwaleniem Konstytucji z 3 sierpnia 1920, z 6 lutego 1921).

[1] Z doktryny naukowej p. przedewszystkiem Giese (»Die Reichsverfassung« — jeszcze w VI. wyd., 1926, str. 164) i Grau »Die Diktaturgewalt« 1922, str. 17 n. Widział w art. 48 kompetencję Prezydenta do aktów ustawodawczych ale tylko warunkową i zależną od treści przyszłej ustawy wykonawczej Delbrück w Zgrom. Nar. 4 lipca 1919. »Er (Prezydent) kann also alle erforderlichen Masnahmen treffen, er ist auch in der Lage, Rechtsverordnungen zu erlassen, soweit sie notwendig sind (i tu następuje zastrzeżenie, charakterystyczne dla tego, jak rozumiano stosunek przyszłej ustawy wykonawczej do art. 48) bis das Nähere durch Reichsgesetz bestimmt wird«. Jedynym, który zdawał sobie sprawę z tej roli, jaką art. 48 w swem ogólnikowem sformułowaniu może odegrać w dynamice życia konstytucyjnego Niemiec, był zdaje się niez. socj. dep. dr Cohn, gdy mówił, że cel zabezpieczenia porządku chce się osiągnąć »eventuell auch mit Mitteln, die ausserhalb der bestehenden Gesetze liegen«. W okresie, gdy praktyka z art. 48, II. miała już pewne doświadczenie za sobą, pierwszy z czynników rządowych ujął art. 48, II. jako również kompetencję ustawodawczą Prezydenta demokratyczny min. sprawiedliwości Schiffer (w Zgromadzeniu Narodowem 3 III. 1920). »Irgendeine Einschränkung bezüglich dieser Massnahmen (to jest zarządzeń na mocy art. 48, II.) ist nicht vorgesehen. Es können also Massnahmen aller Art sein, Massnahmen der Gesetzgebung oder Massnahmen der Verwaltung oder auch rein tatsächliche Massnahmen und Vorkehrungen«. Jedynym czynnikiem oficjalnym, który sprzeciwił się rozszerzającej interpretacji art. 48, II. był Prezydent Reichsgerichtu Simons, który jako zastępca Prezydenta Rzeszy (w r. 1925) odmówił swego podpisu na dekrecie z art. 48, II. przedłużającym moc obowiązującą innego wcześniejszego dekretu o charakterze ustawy (p. artykuł Simonsa »Die Stellung des Reichspräsidenten) w Deutsche Juristen Zeitung 38 Jahrg. 1833 Heft 1. Sp. 25).

[2] Min. Schiffer w Reichstagu 3 marca 1920 »Es können Massnahmen nicht in die Frage kommen, die Verfassung selbst betreffen. Es ist undenkbar, dass auf Grund dieser Bestimmung der Reichspräsident die

Przy takich interpretacjach przepis art. 48 Konstytucji mógł być traktowany jako przepis o drugorzędnem znaczeniu. Przyznawał on wprawdzie Prezydentowi pewne prawa, wychodzące może poza ramy ogólnej zasady organizacji władz, a więc naruszające ich »balance«, ale prawa te były ograniczone w szereg sposobów. Rozmiary ich mogły być w każdej chwili autorytatywnie wyinterpretowane i ścieśnione przez ustawę wykonawczą więc przez Reichstag. Obowiązywać one mogły tylko w nadzwyczajnych wypadkach i tylko przez krótki okres czasu. Nawet zaś w tych ramach musiały być na żądanie Reichstagu uchylone Ponadto zaś Reichstag miał w postaci odpowiedzialności parlamentarnej rządu zawsze możność represji z powodu tych zarządzeń Prezydenta.

Niemniej już wtedy tkwiły in nuce w przepisie art. 48, II. te niebezpieczeństwa dla parlamentaryzmu niemieckiego, które miały doprowadzić do dyktatury Prezydenta Rzeszy. Niebezpieczeństwa te tkwiły w trzech kwestjach. Pierwszą była teza, iż art. 48, II. obowiązuje — mimo swej bardzo ogólnikowej treści — choć brak jeszcze ustawy wykonawczej, w art. 48, V. zapowiedzianej [1]. Drugą była bardzo ogólna, a więc wielką swobodę interpretacyjną pozostawiająca stylizacja art. 48, II. Trzecią była niepewność, jakie stanowisko zajmą sądy w sprawie rozmiarów ich praw do badania legalności zarządzeń z art. 48, II.

Zasady art. 48 ust. II. Konstytucji.

Założeniem art. 48, ust. II. Konstytucji weimarskiej jest, że 1) »publiczne bezpieczeństwo i porządek« zostały, 2) »istotnie zakłócone lub narażone na niebezpieczeństwo«. W razie zaistnienia tych założeń 3) »może« Prezydent Rzeszy 4) »poczynić potrzebne zarządzenia«. Jakiż jest sens prawny i polityczny tych założeń? [2].

Verfassung ausser Kraft setzen, beseitigen konnte, die Grundlage seiner eigenen Machtvollkommenheit ist«.

[1] Jeden tylko Nawiasky (Bayerisches Verfassungsrecht str. 206) zajął odmienne stanowisko.

[2] Dla ilustracji dalszych wywodów pożądanem jest przykładowe zestawienie niektórych przepisów prawnych, operujących podobnemi pojęciami. A więc najdawniejszy z nich, definicja policji wedle pruskiego Landrechtu, brzmi: »die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherkeit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen« (§ 10, II, 17). Art. 14 francuskiej Karty z 1815 r. regulował

1) »Publiczne bezpieczeństwo i porządek« »Öffentliche Sicherheit und Ordnung«, to pojęcia, mające swą genezę w pruskim Landrechcie, a więc w okresie państwa policyjnego, po przezwyciężeniu już jednak eudajmonistycznego absolutyzmu, to jest tezy, iż zadaniem władzy jest — przymusowe i z góry narzucone — popieranie dobrobytu materjalnego i moralnego obywateli[1]. W określeniach »öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung« tkwi odrzucenie tej absolutystyczno-oświeconej tezy, a natomiast stwierdzenie, że zakres działania władzy bezpieczeństwa ograniczony jest do zapewnienia pewnych formalnych warunków, w których rozwijać się może korzystnie moralna i materjalna działalność obywateli — a więc pewna akceptacja programu burżuazyjno-liberalnego w słowie »Sicherheit« głównie zaakcentowana. Tkwi w tem określeniu jednak i coś więcej; słowa (»Ruhe) und Ordnung« mają w sobie charakter nietylko formalny, ale i merytoryczny, nietylko liberalny ale i charakter państwa policyjnego, który przestrzega, by obywatele ograniczyli się do sfery prywatno-prawnej, a sferę publiczno-prawną pozostawiali państwu zwierzchniczemu, niedemokratycznemu. »(Ruhe) und Ordnung« to może być nietylko zabezpieczenie, by walka polityczna toczyła się w spokoju, to jest w legalnych ramach formalnego równouprawnienia, ale również zabezpieczenie, by walka polityczna nie toczyła się wogóle a istniejący stan polityczny był uznany za niezależny od woli ludności, za nienaruszalny i nie mogący być zmienianym przez wolę ludności (nie »Ludu« — Ludność, »Publicum« Landrechtu — to poddani, »Lud« to suweren). »(Ruhe) und Ordnung« może mieć sens zarówno policyjny (utrzymanie zmienności politycznej, w ramach bezpieczeństwa i obowiązującego w danym momencie porządku publiczno-prawnego) jak i polityczny (mniej

---

przysługujące królowi prawo wydawania ordonnansów w następujących słowach: »Le Roi... fait les reglements et ordonnances nécessaires pour... la sureté de l'Etat«. Art. 111 Konstytucji pruskiej z 1850 r. przewidywał wprowadzenie stanu wojennego »bei dringender Gefahr für die öffentliche Sicherheit«. Art. 68 Konstytucji Rzeszy z 1871 r. mówił o stanie wojennym »wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist«. Art. 64, ust. 1 Konstytucji bawarskiej z 1919 r. mówi o prawie ministerjum »bei drohender Gefahr die Massnahmen zu treffen, welche die Ruhe und Ordnung im Innern sichern«.

[1] Dla znaczenia tej definicji w Landrechcie głównie Kurt Wolzendorff. Der Polizeigedanke des modernen Staates Breslau 1918 zwł., str. 76 n. 133 n., 185 n.

lub bardziej daleko idące ograniczenie zmienności politycznej, merytoryczny »legitymizm« przeciwstawiony formalnemu »legalizmowi«)[1].

I tu oto, w tem pojęciu, tkwiło pierwsze niebezpieczeństwo, jakie art. 48, II. mógł przynieść lberalno demokratycznej republice weimarskiej. Ewolucja mogła pójść w kierunku ściśniającej interpretacji słów »Sicherheit und Ordnung«, w kierunku ich interpretacji policyjnej, ale mogła równie dobrze pójść w kierunku ich interpretacji rozszerzającej, w kierunku ich interpretacji politycznej. Ewolucja mogła pójść w kierunku stosowania tego artykułu w zgodzie z Reichstagiem i dla utrzymania tego, co się w Niemczech nazywało »systemem« a co było rządami tych partyj, które akceptowały zasady Konstytucji weimarskiej, ale mogła równie dobrze pójść w kierunku stosowania tego artykułu przez Prezydenta niezależnie od woli Reichstagu czy nawet (w związku z prawem rozwiązywania Reichstagu) wbrew woli parlamentu. Ewolucja mogła pójść w kierunku rozbudowy prawa sądów do badania znaczenia słów »Sicherheit und Ordnung« i do badania, czy zarządzenia Prezydenta z art. 48 II. pozostają w ramach sądownie ustalonego znaczenia tych słów — ale mogła równie dobrze pójść w kierunku uznania tych słów za »politicum« nie podlegające badaniu sądowemu i zależne jedynie od swobodnego uznania Prezydenta. W nieokreślności i możliwej wieloznaczności tego, co to jest »Sicherheit« i co to jest »Ordnung« tkwiło pierwsze niebezpieczeństwo — przynajmniej tak długo, jak długo ustawa wykonawcza tych słów nie wyjaśni.

2) »Istotne zakłócenie lub narażenie na niebezpieczeństwo« (erheblich gestört oder gefährdet«) to drugie z kolei założenie art. 48, II. Pojęcie »istotne« nie da się ściśle ująć prawniczo. Odosobniona teza, jakoby »nieistotne« zakłócenia podpadały pod działania represyjne krajów, a »istotne« Rzeszy[2] nie była nigdy przyjętą ani w praktyce ani w panującej teorji[3] — jakkolwiek dałaby

---

[1] Patrz aneks II., »Legalizm a legitymizm«.

[2] Giese j. w. str. 165 »In leichteren (w przeciwstawieniu do: erheblichen«) Fallen hat zunächst die Landesgewalt mit polizeilichen Mitteln einzuschreiten«.

[3] Ta wstrzemięźliwość i teorji praktyki sądowej co do art. 48, ust. II., jest tem bardziej zastanawiająca, że podobną tezę odnośnie do art. 48, ust. I. przyjął Staatsgerichtshof w wyroku w sprawie »Prusy-Rzesza« z 25 października 1932 (wyrok str. 42). »Die Prüfung der Äusserungen des Ministers dr Severing ergibt aber, auch wenn man sie im Lichte der gesamten damaligen Lage vornimmt, das sie die Grenzen der gebotenen Zurückhaltung nicht derart überschreiten, dass da-

możność do sądowej kontroli w formie sporu kompetencyjnego między Rzeszą a krajem i sądowego ustalenia tego, co znaczy »erheblich«. Głębsze znaczenie mają dalsze słowa »zakłócenie lub narażenie na niebezpieczeństwo«. Ze słów tych, zwłaszcza ze słowa »lub« wynika, że interwencja Prezydenta Rzeszy po myśli art. 48 II. możliwa jest w następujących wypadkach [1]:

a) jeśli porządek i bezpieczeństwo zostały już zakłócone, choćby dalsze zakłócania (narażenie na niebezpieczeństwo) nie groziło, a więc wskazaną była tylko działalność represyjna;

b) jeśli porządek i bezpieczeństwo zostały już zakłócone i grozi dalsze ich narażenie na niebezpieczeństwo;

c) jeśli porządek i niebezpieczeństwo nie zostały jeszcze zakłócone, ale grozi narażenie ich na niebezpieczeństwo.

To alternatywne sformułowanie daje kompetencjom Prezydenta bardzo szeroki zakres. Normalnie wypadek pierwszy — czysta represja za działania przestępcze (zakłócenie porządku), których powtórzenie nie grozi — nie podpada pod stan wyjątkowy, lecz pod represje zwykłych sądów (ewentualnie z zastosowaniem jedynie tego środka stanu wyjątkowego, jakim są sądy doraźne). W wypadku zarówno pierwszym jak i drugim mamy pewne objektywne sprawdziany, czy zaistniały założenia zarządzeń z art. 48, II. — »zakłócenie porządku« bowiem polega zawsze na wyraźnem naruszeniu jakiejś obowiązującej normy prawnej. Już w wypadku drugim jednak obok tego sprawdzianu, a w wypadku trzecim jako jedyną przesłankę spotykamy określenie dające w szerokiej mierze pole swobodnemu uznaniu. »Zagrożenie« spokoju i bezpieczeństwa — to nie jest jeszcze naruszenie jakichś przepisów prawnych, ale jedynie powstanie takiego stanu rzeczy, który wedle opinji właściwych organów państwowych, mógłby w konsekwencji, w przyszłości, wywołać zakłócenie porządku i bezpieczeństwa. Ten prewencyjny charakter zarządzeń, zawierający w sobie dużą ilość swobodnego uznania zarządzającego, typowy jest dla każdego stanu wyjątkowego [2].

---

rin eine Pflichtverletzung des Landes gegenüber dem Reich erblickt werden kann« i krytyczna uwaga Triepela w Deutsche Jur. Zeitung 27 Jahrg. 1932 Heft 24 Sp. 1505. »Denn der angeführte Satz der Entscheidung enthält eine Mass — und Werturteil das m. E. nur dem Präs. zusteht und durch kein Urteil eines Gerichtshofes ersetzt werden kann«.

[1] Giese j. w. str. 165.

[2] Por. przypis 2. na str. 319.

3) Prezydent, może: »kann« — a więc nie musi — poczynić stosowne zarządzenia. Od uznania prezydenta zależy, czy uzna za potrzebne wyjątkowe zarządzenia, czy zadowoli się normalnemi represjami prawnymi.

4) Zarządzenia mają być »potrzebne« (»nötigen Massnahmen«). To jest jedyne ich określenie. W tem właśnie, że to określenie jest jedyne, tkwi zasadnicza różnica między art. 48, II. a zarządzeniami określanemi, jako »stan wyjątkowy«, »stan oblężenia«, czy »stan wojenny« [1]. Te ostatnie są ściśle określone przepisami co do ich formy. Ogłasza się je formalnie i w sposób uroczysty. Ich skutki prawne są wyczerpująco określone, polegają zwłaszcza na zawieszeniu pewnych praw obywatelskich i na przejściu władzy cywilnej w ręce władz wojskowych. Obywatele z góry wiedzą, co im w przyszłości na wypadek zawieszenia stanu oblężenia grozić może. W przeciwieństwie do tego, swoboda Prezydenta Rzeszy w wydaniu zarządzeń z art. 48, II. ograniczona jest tylko tem, że muszą być »potrzebne« to jest odpowiadać celowi tego art. Kto jednak określa, czy są potrzebne? Prezydent wydając je. Od swobodnego uznania Prezydenta zależy, jakie zarządzenia jako »potrzebne« zostaną wydane. Swoboda jego nie jest skrępowana ani co do treści ani co do formy tych zarządzeń. Tu tkwi najistotniejszy moment, który umożliwił ewolucję art. 48, II. Najistotniejszem dla punktu wyjścia tej ewolucji było zaś to, że swoboda ta nie była przez twórców konstytucji zamierzona. Była przez nich traktowana jako prowizorjum (może przez pierwsze, jeszcze rewolucyjne lata, pożądane) [2]. Ale niemniej jako prowizorjum, które zostanie zastąpione przez ustawę wykonawczą i ustawa ta ograniczy anarchiczność

---

[1] Poraz pierwszy podkreśla tę różnicę Schmitt Veröff. str. 92. »Es ist ein Unterschied ob sich um die Voraussetzung für ein übersehbares. Verfahren handelt (wie im Falle polizeilichen Vorgehens nach § 10, II, 17 ALR) oder um die Voraussetzungen eines Verfahrens, bei welchem alles geschehen kann, was nach Lage der Sache erforderlich ist. Dass dieser sehr principielle Unterschied polizeilicher und diktatorischer Befugnisse verkannt ist, gibt den Ausführungen des Buches von Grau, ihre eigenartige Enge« Mowa o książce Graua »Die Diktatur des Reichspräs. (1922). W późniejszej swej pracy uwzględnia Grau to stanowisko Schmitta. Por. Richard Grau: Die Diktaturgewalt des Reichspräs. w »Handbuch des deutschen Staatsrechts II. B., § 80, str. 274.

[2] Preuss w Zgrom. Nar. 5 VII. 1919: »Die nähere Regelung des Belagerungszustandes wird durch ein Reichsgesetz, ich nehme an, in ruhigeren Zeiten erfolgen«.

przepisu art. 48, II. oraz swobodne uznanie Prezydenta [1]. Wbrew tym przypuszczeniom pierwszy projekt ustawy wykonawczej do art. 48 pojawił się dopiero po 7 latach w r. 1926 r. [2], a ustawa przez cały czas obowiązywania Konstytucji nie została uchwalona

II. Rozwój dyktatury Prezydenta Rzeszy.

Trzy okresy praktyki konstytucyjnej — trzy fazy politycznego rozwoju Niemiec.

1) Okres pierwszy ciągnący się mniej więcej do r. 1924 — to okres, w którym art. 48, II. wyzyskiwany jest energicznie przez Prezydenta Rzeszy w interesie Koalicji Weimarskiej i w zgodzie z stronnictwami tej koalicji (Centrum, Bawarska Partja Ludowa, Demokraci, Socjaliści) mającymi większość w Reichstagu. Celem zarządzeń Prezydenta Rzeszy w tym okresie jest zapewnienie spokoju i bezpieczeństwa w ścisłem, policyjnem a nie politycznem znaczeniu, oraz utrwalenie systemu weimarskiego, a więc już polityczne wyzyskiwanie przepisów art. 48, II., a także przeciwdziałanie gospodarczym skutkom inflacji [3]. Ostrze zarządzeń jest w tym okresie zwrócone bądź przeciw takiemu wyzyskiwaniu przepisów o swobodzie socjalnej, swobodzie strajku itd., które zagraża bezpieczeństwu [4], bądź też przeciw takim rządom krajowym, które swym składem politycznym i swą działalnością zagrażają koniecznemu minimum homogeniczności rządu Rzeszy i rządu krajów i osła-

---

[1] Dla ujęcia tego rozumowania przedewszystkiem charakterystyczna jest dyskusja w Reichstagu 3 marca 1920 wywołana przez niez. socj. dr Cohna i replika min. sprawiedliwości Rzeszy, Schiffera. Inne przykłady zestawia Schmitt. Veröff. str. 82, p. 2 i str. 89.

[2] Projekt, opracowany przez Min. Sprawiedl. Rzeszy nie został zgłoszony do Reichstagu, ogłoszony był w »Vossische Zeitung« z 19-go października 1926. W związku z praktyką art. 48, II. pozostawał ogłoszony w tym samym czasie projekt noweli do Konstytucji weimarskiej (art. 77 a) przez Reichstag jednak nie uchwalony.

[3] W r. 1919 ukazało się 5 rozporządzeń Prezydenta Rzeszy, w 1920 37 w r. 1921 — 19, w r. 1922 — 7, (rok osłabnięcia konfliktów politycznynh, a przed natężeniem inflacji) w r. 1923 — 42 (w tem 26 gospodarczych, głównie spowodowanych inflacją) w r. 1924 — 23 (w tem 16 gospodarczych i podatkowych) — p. Fritz Poetsch — Heffter: Vom Staatsleben unter Weimarer Verfassung v. 1. I. 1920—31 XII. 1924. Jahrb. des öff. Rechts 1925, str. 141 i nast.

[4] Liczne głównie w r. 1919 i 1920. Typowe dla tej grupy rozporządzenie z 29 I. 1920 o zakazie strajkowania w przedsiębiorstwach użyteczności publicznej.

niają lub popierają działania antikonstytucyjne [1]. Zarządzenia polegają na zawieszeniu pewnych, ale tylko wymienionych w art. 48, II. zd. 2 praw obywatelskich, na wprowadzeniu nadzwyczajnych sądów i nadzwyczajnych przepisów karnych, na zastępowaniu normalnych władz cywilnych (rządy krajowe w nie wliczywszy) nadzwyczajnymi pełnomocnikami Prezydenta, lub władzami wojskowymi. Kontrola Reichstagu nad tymi zarządzeniami jest o tyle zapewniona, że Reichstag posiada większość, a rząd jest wyrazicielem tej większości, i że Reichstag funkcjonuje. Jest to milcząca i czasowo ograniczona delegacja [2] przez Reichstag pewnych swych praw na rzecz Prezydenta Rzeszy, działającego przez rząd, będący politycznym wyrazem większości Reichstagu. Reichstag milcząco się godzi na dyktatorjalne zarządzenia, ale sam nie chce z tych czy innych przyczyn wydawać takich zarządzeń.

2) Okres drugi, ciągnący się mniej więcej od r. 1924—1929, jest okresem stosunkowo rzadszego korzystania z art. 48, II. [3]. Nie wynika to bynajmniej z ustalenia się w tym okresie Koalicji weimarskiej w Reichstagu. Przeciwnie — postępujący niesłychanie szybko upadek głosów i mandatów Demokratów kładzie koniec tej większości. Mimo tego, a może właśnie dlatego okres ten jest okresem pewnej stabilizacji politycznej i socjalnej. Konflikty polityczno-federalistyczne (z Bawarją) lub też polityczno-socjalne (z socjalistyczno-komunistycznymi rządami Turyngji i Saksonji, z komunizującymi rewoltami w Nadrenji) lub polityczno reakcyjne (pucz Kappa, trudności z demobilizowaną armją, zwłaszcza z oddziałami z Balticum) należą do przeszłości. Trudności z Narodowymi Socjalistami zjawią się dopiero w przyszłości. Gospodarczo jest to okres

[1] Np. rozp. Prezydenta Rzeszy z 22 III. 1920 przeciw krajom Turyngskim, z 26 września 1923 (przeciw Turyngji) i z dnia 29 października 1923 (przeciw Saksonji). Zarządzenia takie łączą w sobie charakter zarządzeń z art. 48, I. (egzekucja Rzeszy na krajach) i art. 48, II., a powołują się ogólnikowo na art. 48.

[2] Schmitt: Veröff. str. 90 (»Das Zustand der heutigen Parlamente entwickelt neben den zahlreichen offenen Ermächtigungen ein System verschleierter Delegationen«) str. 103.

[3] W okresie od 1 I. 1925 do 31 XII. 1928 było ogółem 10 rozporządzeń Prezydenta Rzeszy z art. 48, II., a z tych 9 znosiło wcześniejsze rozporządzenia z poprzednich lat — pozostałe jedno rozporządzenie z 29 I. 1925 należy swym charakterem do dekretów z 1924 i dotyczy zaciągania pożyczek zagranicznych przez korporacje prawa publicznego p. Poetsch Heffter: Vom Staatsleben II. Teil Jahrbuch des öff. Rechts, 1929, str. 98 i nast.

wielkiego napływu kredytów zagranicznych do Niemiec, wielkiej rozbudowy przemysłu, rolnictwa i miast, podnoszącej się po wojnie i rewolucji stopy życiowej konsumenta niemieckiego — a więc okres nie dający podłoża do trudności gospodarczych i socjalnych. Odpowiada temu pewna stabilizacja polityczna w Reichstagu. Kurczą się coprawda demokraci, ale równocześnie na prawej stronie Izby wzrasta liczba chcących pogodzenia z ustrojem weimarskim i aktywnej współpracy w jego ramach. Typowym tego przykładem jest ewolucja Stresemanna i kierowanej przez niego niemieckiej partji ludowej, która właśnie w swym okresie akceptacji Weimaru wzrosła z 3% ogółu głosów na 14%. Ale tej samej ewolucji ulegają również niemiecko-narodowi Hugenberga. Obie te partje zaczynają brać udział w rządach (gabinet Cuna, Luthera, pierwszy gabinet Brüninga). Niemcy wchodzą w specyficznie niemiecki system dwupartyjny [1]. W skład każdego rządu wchodzi zawsze Centrum, raz stanowiąc prawe, raz znów lewe skrzydło koalicji rządowej, raz hamując zbytni rozpęd na lewo, raz hamując antiweimarskie zapędy prawicy. System ten zdaje się ustabilizowany, głowa państwa godzi się z nim. Niema jeszcze polityczno-ustrojowego powodu do rządzenia przy pomocy art. 48, II. bo parlament jest zdolny do pracy. Niema jeszcze gospodarczo-socjalnych powodów, bo sytuacja gospodarcza jest pomyślna i konflikt socjalny jest przytłumiony. Niema już policyjno-socjalnych powodów, bo wrzenie rewolucyjne i porewolucyjne wygasło, a reakcjoniści stopniowo oswajają się z Konstytucją. Art. 48, II. jest w tym okresie stosunkowo mało potrzebny [2]. Normalny system rządów, wprowadzony Konstytucją weimarską, funkcjonuje sprawnie.

3) Nazwisko Brüninga [3] staje się symbolem trzeciego okresu:

---

[1] Axel v. Freytagh-Loringhoven: Deutschnationale Volkspartei 1931, str. 34 i nast.

[2] Z prawników podkreślił to, choć bez wskazywania na przyczynę tego zjawiska, Anschutz w r. 1926 w swym komentarzu: »Erst in der neuester Zeit hat man sich in der Anwendung des Art. 48 grösere Beschränkung auferlegt« (str 172).

[3] Dla polityki Brüninga p. Alphons Nobel: Brüning (Leipzig 1932). Rudiger Robert Beer: Brüning (Berlin 1932) a przedewszystkiem trafne i zawierające szereg cennych informacyj i oświetleń artykuły Georga Huneusa. »Heinrich Brünings Weg als Reichskanzler (Vossische Zeitung 17—24 lipca 1932). Zwięzłe a trafne ujęcie tego okresu w ostatniem (IV.) wydaniu Bergstrassera: Geschichte der politischen Parteien in Deutschland (str. 186 nast.).

renesansu praktyki, co do art. 48, II. z okresu pierwszego, o wiele przytem rozbudowanej, rozszerzonej i teoretycznie ugruntowanej. Rządy przy pomocy art. 48 były dla Brüninga nieuniknioną konsekwencją pomyłki w założeniu politycznem. Brüning sądził, że ta ewolucja polityczna Niemiec, która się zaznaczała od r. 1920 będzie trwała nadal, to znaczy, że nadal będzie traciła radykalna demokracja mieszczańska (Demokraci) na rzecz stronnictw burżuazyjnych bardziej na prawo od niej stojących, że równocześnie te bardziej prawicowe stronnictwa burżuazyjne będą w coraz wyższym stopniu akceptowały konstytucję weimarską i brały udział w rządach. Stworzenie republikańskiego stronnictwa konserwatywnego, czy bloku republikańskich grup konserwatywnych i uniezależnienie w ten sposób republiki od konieczności rządów wspólnie z socjalistami (a więc ustabilizowanie stanu rzeczy z lat 1924—29) było jego programem politycznym i zadaniem, które sobie postawił. Gdy dalsza droga po tej platformie okazała się w istniejącym Reichstagu niewykonalną z powodu oporu Hugenberga — postanowił zrealizować swój program ponad głową Hugenberga i przez rozbicie jego stronnictwa. Stosunek do planu Younga (a więc nie sprawy wewnętrzno politycznej, nie sprawy gospodarczej, nie sprawy socjalnej, lecz sprawy polityki zagranicznej) stał się widomym powodem. Bezpośrednio po rozłamie wśród niemiecko narodowych, a więc po osłabieniu ich aparatu agitacyjnego i wyborczego, rozpisano (1930) wybory do Reichstagu. Trzy grupy konserwatywno-katolicko-agrarne [1] (Volkskonservative Westarpa i Treviranusa, Landvolk, Christlich-Sozialer Volksdienst) idące do wyborów z »Parole Hindenburg« miały dać Brüningowi silne konserwatywne oparcie w przyszłym Reichstagu.

Ta rachuba zawiodła. Hugenberg wyszedł z wyborów słabszy, niż po wyborach 1928 r., ale silniejszy, niż w poprzednim Reichstagu po rozłamie 1929—1930. Grupy konserwatywne, na które liczył Brüning, wyszły słabsze, niż w poprzednim Reichstagu, zyskały mniej wyborców, niż im się udało poprzednio oderwać deputowanych niemiecko narodowym. Natomiast Hitler wzrósł dziewięciokrotnie (z 2.6% głosów w 1928 na 18.3%). Większość centrowo prawicowa, nawet z Hugenbergiem, ale bez Hitlera przestała istnieć. W nowym Reichstagu — jeśli się wykluczało Hitlera —

[1] Dr Sigmund Neumann: Die deutschen Parteien, Berlin 1932, str. 60 i nast.

była możebna tylko jedna większość: od socjalistów po mieszczańskie stronnictwa prawego środka — ta właśnie, której nie chciał Brüning i której nie chciały te mieszczańskie stronnictwa. Rok 1930 był w Niemczech końcem niemieckiego systemu dwóch partyj, a także końcem ostatecznym koalicji weimarskiej. Jeśli się chciało rządzić z parlamentem, były możebne tylko dwie ewentualności: z Hitlerem albo z socjalistami [1].

Brüning odrzucał obie ewentualności [2]. Wychodził znowu z pewnej hipotezy: sądził, że układ stosunków ujawniony wyborami 1930 r. będzie chwilowy. Ten układ stosunków wywołany został jego zdaniem wyłącznie kryzysem gospodarczym oraz przekonaniem ludności, iż kryzys pozostaje w związku przyczynowym z postanowieniami traktatów pokojowych, zwłaszcza tymi, które nałożyły na Niemcy ciężary finansowe. Brüning wierzył w krótkotrwałość tych zjawisk. Brüning sądził, że z złagodnieniem kryzysu, które powinno rychło nastąpić i z uzyskaniem koncesyj politycznych i gospodarczych od państw zwycięskich w wojnie, w co wierzył — zmienią się również nastroje polityczne. Zmaleje fala radykalizmu prawicowego, wzrosną w siły rozbite w wyborach burżuazyjne a proweimarskie grupy prawego środka, drobnomieszczanin protestancki przestanie być hitlerowcem, i stanie się, podobnie jak centrowy drobnomieszczanin katolicki, czynnikiem, zdolnym do pozytywnej współpracy. Brüning postanowił przeczekać do tego momentu, rządząc — nie wbrew Reichstagowi, ale — niezależnie od Reichstagu. Z chwilą gdy przyjął to założenie, musiał szukać innego poza ustawą, to jest Reichstagiem, narzędzia rządów i znalazł je w art. 48, II. [3].

---

1 W wyborach 1930 zyskały poszczególne grupy następujące % głosów: komuniści 13.1%, socjaldemokraci 24.5%, demokraci 3.8%, Centrum 11.8%, Baw. Partja Ludowa 11.8%. Niem. Partja Ludowa (Dingeldey) 14%, grupy mieszczańskiego środka (Wirtschaftspartei, Volkskonservative, Landvolk, Christ-soz. Volksdienst) 4.5%, Niem. Narodowi 7%, Hitlerowcy 18.3%.

2 Dobrze poinformowany autor, ukrywający się pod pseudonimem Hunaeusa, twierdzi, że w dzień po wyborach zaproponował Brüningowi premier pruski Otto Braun wejście socjalistów do rządu, Brüning jednak uchylił się od odpowiedzi na tę propozycję.

3 Rok 1930 przynosi obok 95 ustaw uchwalonych przez Reichstag zaledwie 5 rozporządzeń z art. 48. W r. 1931 mamy już 42 rozporządzeń, a zaledwie 35 ustaw. W r. 1932 liczba ustaw spada do 5, liczba rozporządzeń dochodzi do 59 (por. artykuł referenta konstytucyjnego — już hitlerowskiego w Min. Spraw Wewn. Rzeszy, Medicusa w Reichsverwaltungsblatt z kwietnia 1933 p. t. »Vereinfachte Gesetzgebung«).

W założeniu Brüninga jednak to narzędzie było prowizorycznem. Niemniej ani nie mógł utrzymać w całej czystości jego prowizorycznego charakteru, ani nie mógł uniknąć, by stosowanie art. 48, II. nie wywołało pewnych, przez Brüninga nie zamierzonych skutków prawno-ustrojowych.

Skutkiem prawno-ustrojowym była zmiana w stosunku rządu i parlamentu. Formalnie, pozornie nie było wielkiej różnicy między okresem 1919—24, gdy parlamentarne rządy koalicji weimarskiej stosowały art. 48, II. a Reichstag akceptował to, »milcząco delegował« część swych kompetencyj prezydentowi reprezentowanemu przez rząd, a praktyką Hindenburga-Brüninga. Faktycznie różnica była istotna. Rządy 1919—24 powstawały w drodze porozumienia stronnictw, były ich wyrazem, a więc wydawane przez nie dekrety były też pośrednio wyrazem tych stronnictw [1], przepisy o odpowiedzi politycznej rządu nie były fikcją, Reichstag obradował równocześnie z wykorzystywaniem przez rząd art 48, II.

Wzajemny stosunek rządu Brüninga i Reichstagu odnośnie do dekretów z art. 48, II. jest odmienny. Rząd Brüninga nie jest rządem większości parlamentarnej i nie jest wyrazem tej większości (jakkolwiek w swem założeniu miał się po wyborach 1930 stać rządem takiej większości), Reichstag obraduje rzadko i krótko. Brüning nie uzgadnia z większością treści zarządzeń z art. 48, II. Reichstag w czasie swych sesyj nie zatwierdza — ani nie uchyla — tych zarządzeń. Większość Reichstagu jest tym zarządzeniom wyraźnie przeciwna. »Milcząca akceptacja i delegacja« poprzedniego okresu (1919—24) ustąpiła miejsca »milczącemu uchyleniu się od wyrażenia dezaprobaty i unieważnienia zarządzeń z art. 48, II«. W poprzednim okresie mieliśmy do czynienia z dorozumianą zgodą Reichstagu na takie dekrety, obecnie brak zgody Reichstagu jest wszystkim jasny, a jedynie ta niezgoda nie wyraża się w jedynej prawnie skutecznej formie, tj. wyraźnem żądaniu uchylenia zarządzeń Prezydenta. Kontrola parlamentu nad stosowaniem art. 48, II. dotychczasowy korrelat swobody Prezydenta Rzeszy w wykorzystywaniu praw z tego artykułu, przestała faktycznie istnieć. Swoboda

---

[1] Bezpośredniość i efektywność tego stosunku rządu i parlamentu usuwała dla twórców Konstytucji weimarskiej na drugi plan zagadnienie, że właściwym piastunem praw z art. 48, II. jest prezydent Rzeszy. Pruski Min. Heine mówi o piastunie tych praw w słowach: »der Inhaber der vollziehenden Gewalt« Preuss określa go: »die Behörde« (47 pos. Zgrom. Nar. 5 VII. 1919).

Prezydenta nie jest niczem ograniczona. Stosunek Reichstagu do rządu uległ zasadniczej zmianie. Ma wszelkie cechy personalnej aklamacji. Reichstag nie godzi się z polityką Brüninga, ale jak lud wezwany o wyrażenie swej opinji, jak lud aklamujący, nie ma przed sobą pytania: czy godzisz się na szczegółowe zarządy rządu? Pytanie brzmi inaczej: czy godzisz się na obecny rząd, czy też chcesz innej jakiejś kombinacji parlamentarnej. Odpowiedź nie może być dyskusją, szczegółowem rozważaniem pro i contra, zmianą tych, a utrzymaniem innych szczegółów propozycji rządu, Odpowiedź musi być krótka: tak lub nie. Reichstag odpowiada »tak«. Ale w takiej sytuacji rodzi się pytanie: pocóż cały Reichstag i demokracja pośrednia, jeśli ten sam jaśniejszy rezultat możemy mieć, zapytawszy bezpośrednio Ludu. A bezpośrednio po pytaniu rodzi się refleksja: Lud był już pytany bezpośrednio i udzielił bezpośrednio odpowiedzi — przy wyborze Prezydenta (nie przy wyborze deputowanych, ten ujawnia różnolitość ludu, a więc nie daje odpowiedzi »tak lub nie«. Tylko wybór Prezydenta ujawnia jednolitość Ludu).

Stosunek Brüninga do Reichstagu prowadzi w ten sposób z konieczności do podkreślenia plebiscytarnego charakteru Prezydenta Rzeszy. Do tego samego rezultatu prowadzi inne rozważanie. W ustroju — jak niemiecki — w którym egzekutywa jest dwustopniową, autorytet rządu nie może istnieć sam przez się, rząd nie może szukać legitymizmu[1] dla siebie w samym sobie. Jeśli rząd oparty jest na większości parlamentu — tam może czerpać swoją legitymację i wtedy jego stosunek do głowy państwa może mieć znaczenie drugorzędne. Jeśli jednak chce być niezależny od parlamentu (choćby przejściowo, choćby dlatego, że chce »przetrwać« pewien niekorzystny dla siebie układ sił politycznych w parlamencie, by następnie, po nowych wyborach, stać się normalnym rządem parlamentarnym) to musi dla siebie, choćby na ten przejściowy okres, szukać legitymacji gdzieindziej. Nie może jej szukać wprost w Ludzie, bo nie wywodzi się bezpośrednio od Ludu. Nie chce jej szukać w parlamencie. Pozostaje mu jedynie szukać jej w głowie państwa. Gdyby nawet nie osobisty stosunek jaki istniał między

---

[1] W tem znaczeniu słowa »legitymizm« jak występuje ono u Karola Schmitta (ostatnio »Legalität und Legitimität« München 1932, patrz zresztą aneks II.).

Brüningiem a Hinderburgiem — to rząd Brüninga musiałby się stać głosicielem silnej władzy prezydjalnej.

W ten sposób, rozwojem stosunków narzucona, rodziła się w gronie popierających gabinet Brüninga doktryna, uzasadniająca rządzenie przy pomocy art. 48, II. a pomimo parlamentu, doktryna »państwa autorytatywnego« i »władzy prezydjalnej«. Sam Brüning unikał jej dość zręcznie, mówiąc stale o »Hindenburgu«, nie o prezydencie, woląc głosić charismę przywódcy [1] (co taktycznie jest przeciwstawieniem innej charismie: Hitlera), niż autorytet urzędu (co może się stać taktycznem przeciwstawieniem autorytetowi innego urzędu, równie Reichstagu, jak i monarchji). I on jednak musiał dawać pewne sformułowanie, podkreślające znaczenie urzędu prezydjalnego. »Dziś bardziej niż dawniej zmuszają nas warunki do jednolitego zespolenia środków władzy państwowej, zwłaszcza specjalnych kompetencyj (art. 48) przysługujących władzy prezydjalnej — by się przeciwstawić wszelkim groźbom i tendencjom, zagrażającym państwu« [2]. Przyjaciele jego szli dalej. Demokrata i b. minister spraw wewn. Erich Koch-Weser [3] stwierdzając, iż władza prezydenta okazała się silniejszą od Reichstagu, akceptował ten rozwój: »Parlament reprezentuje różnolitość woli Ludu. Jej jednolitość może znaleść swój wyraz tylko w Prezydencie«. Organ polityczny kanclerza w dwunastą rocznicę Konstytucji weimarskiej, po roku przeszło praktyki konstytucyjnej Brüninga dawał teoretyczne uzasadnienie tej praktyki, nową doktrynę republiki niemieckiej [4]. Jako »historyczną« zasługę ustrojową kanclerza Brüninga, uznano tam, iż skierował rozwój Niemiec od »państwa partyjnego« ku »państwu konstytucyjno-demokratycznemu z demokratyczno-autorytatywnym naczelnictwem«. W ten sposób »stała się otwartą droga do dalszego marszu organicznym rozwojem, zapoczątkowanym przez Brüninga«. Tegoż samego dnia kanclerz w mowie w rocznicę Konstytucji wskazywał na swój wzór na tej drodze: »Wspomnienie wielkości bar. v. Steina i to wszystko, co nas z nim łączy, niech nam będzie zachętą, by zjednoczyć wszystkie chętne do pracy i zdatne do zjednoczenia siły i wprząść je w pracę nad przezwyciężeniem trudności i niebezpieczeństw chwili«. Dla tych

---

1 Patrz aneks III. »Charisma«.
2 Exposé w Reichstagu 14 października 1931.
3 »Vossische Zeitung 5 V. 1932.
4 »Kölnische Volkszeitung« z 11 sierpnia 1931.

którym stoi w pamięci w rok po Brüningu wygłoszona mowa V. Gayla w trzynastą rocznicę Weimaru, jasnem się stanie, że to co v. Gayl powiedział: państwo autorytatywne nie państwo partyjne, koncentracja narodowa poza partjami, nawrót do tradycji odrodzenia Prus po Jenie, że to wszystko było już powiedziane rok przedtem. Brüning, szukając legitymacji dla rządów przy pomocy § 48, II., torował drogę swemu następcy. Dlatego też v. Papen nie stanowił czwartego okresu praktyki konstytucyjnej niemieckiej, lecz dalszy ciąg okresu poprzedniego.

4) Dojście do rządów Hitlera jest końcem tej ewolucji — jeśli idzie o art. 48, II. i uosobienie państwa autorytatywnego w Głowie państwa Hitler obejmuje coprawda stanowisko kanclerza jeszcze jako pewnego typu »kanclerz prezydjalny«, a więc — na terminy formalno-konstytucyjne to określenie tłumacząc — kanclerz art. 48, II. Już jednak od początku pojawia się drugie określenie jego stanowiska politycznego: »kanclerz rewolucji nacjonalnej«. To drugie określenie wypiera powoli określenie pierwsze. Kanclerstwo prezydjalne było tak długo potrzebne, jak długo dojście do władzy zależało od woli Hindenburga i jak długo utrzymanie się przy władzy wbrew większości Reichstagu — zależało od Hindenburga. Z chwilą, gdy przez opanowanie swoimi ludźmi aparatu państwowego uniezależnił się faktycznie Hitler od Prezydenta Rzeszy, uniemożliwił faktycznie swoją dymisję — odpadła wtedy pierwsza przyczyna. Z chwilą, gdy (już od wyeliminowania komunistów) Hitler ma za sobą większość Reichstagu — odpadła przyczyna druga. Art. 48, II. odegrał już swą historyczną rolę. Toteż podstawą dyktatury Hitlera jest uchwalona przez Reichstag ustawa o pełnomocnictwach dla gabinetu i kanclerza [1], a nie przepis konstytucji o pełnomocnictwach prezydenta, uzasadnieniem pełnomocnictw charisma »wodza« rewolucji — a nie charisma autorytetu prezydjalnego. Państwo autorytatywne nie przestaje istnieć, przeciwnie znajduje dopiero pełny wyraz po odpadnięciu skrępowania go parlamentaryzmem i Konstytucją weimarską. Zmienia się jednak podmiot autorytetu. Hitler wyzyskuje cały dorobek doktrynalno-polityczny okresu autorytatywnego, podczas gdy autorytet głowy państwa zostaje w pewnym stopniu odpolityczniony, zneutralizowany.

---

[1] Jakkolwiek cała konstrukcja tej ustawy opiera się na wynikach praktyki z art. 48, II., o czem niżej.

Rozwój praktyki i interpretacji.

Założeniem wszelkiej praktyki i interpretacji była — przeciwstawiająca się formalistycznemu stanowi oblężenia — swoboda Prezydenta w ustaleniu formy swych zarządzeń. Ta »deformalizacja stanu wyjątkowego« [1] pociąga za sobą cały szereg konsekwencyj praktycznych.

Art. 48, ust. II., a sądy.

Pierwszą z nich jest bardzo szeroki zakres swobodnego uznania Prezydenta Rzeszy [2]. Prezydent decyduje wedle swego swobodnego uznania, czy »publiczne bezpieczeństwo i porządek« zostały »naruszone lub narażone na niebezpieczeństwo« [3]. Prezydent decyduje wedle swego swobodnego uznania, jakie zarządzenia są potrzebne (co to jest »nötige Massnahme«) [5]. Prezydent decyduje wedle swobodnego uznania [4]; w jaką formę mają być przybrane jego zarządzenia, może dowolnie kompetencje określone swymi zarządzeniami i swe prawa z art. 48, II. subdelegować powołanym

---

[1] Anschütz w swym komentarzu do Konstytucji weimarskiej (objaśnienie 7 do art. 48). Por. także wyżej str. 304.

[2] Staatsgerichtshof, powołany w pierwszym rzędzie do ustalenia, w jakim zakresie przysługuje mu prawo badania założeń zarządzenia Prezydenta Rzeszy z art. 48, II., uchylał się stale od zajęcia stanowiska w tej sprawie. Patrz np. wyrok z 25 października 1932 w sprawie »Rzesza-Prusy«: »Zu der Frage, ob der Staatsgerichtshof im Streitfalle das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 48, Abs. II. RV. nachzuprüfen oder ob er insoweit seiner Entscheidung die Auffassung des Reichspräsidenten zugrundelegen habe, hat der Staatsgerichtshof bisher nicht Stellung genommen. Auch im vorliegenden Falle bedarf es einer Stellungnahme zu dieser Frage nicht. Denn es ist offenkundig, dass die Verordnung vom 20 Juli 1932 in einer Zeit schwerer Störung und Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen worden ist«. (Wyrok str. 45).

[3] Co do sądów zwykłych orzeczenie Tryb. Rzeszy w urzędowym zbiorze orzeczeń t. 57. str. 384, 385, orz. Tryb. Finans. Rzeszy z 5 stycznia 1925. Deutsch. Jur. Zeitung t. 30, str. 235 n. Prawie powszechne stanowisko doktryny naukowej (odmiennie Preuss Reichsverfassungsmässige Diktatur w Zeitsch. f. Pol. t. 13, str. 97).

[4] Grau w HDW d. D. STR. II., str. 279, Schmitt w »Verfassungslehre« str. 111. Anschutz w swym komentarzu obj. 10 do art. 48. Staatsgerichtshof w wyroku z dnia 25 października 1932 (str. 46): »Aus der Grösse der Gefahr ergibt sich zugleich, dass es das Recht und die Pflicht des Reischspräsidenten war zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung alle ihm geeignet erscheinenden Mittel anzuwenden, soweit sie mit der Reichsverfassung vereinbar sind«.

[5] Grau, w HD d. D. STR. II. str. 289.

przez siebie organom i osobom [1], może bądź sam wyczerpująco uregulować wszystkie sprawy z swych zarządzeń z art. 48, II. wynikające, lub też może ustalić jedynie ogólne ramy, a prawo wydawania rozporządzeń, wypełniających te ramy subdelegować komu innemu [2], [3].

Praktyczną konsekwencją tego swobodnego uznania jest, że — poza polityczną kontrolą Reichstagu — niema organów, któreby mogły kontrolować legalność zarządzeń Pezydenta Rzeszy z punktu widzenia przesłanek swobodnem uznaniem objętych. W szczególności bardzo ograniczone jest prawo sądów w tym zakresie [4]. Teoretycznie podbudowano tę tezę przejęciem francuskiego rozróżnienia między aktami rządowymi, a aktami administracji (»actes de gouvernement«, »actes administratifs«) i francuskiej tezy, iż te pierwsze nie podlegają kontroli przez Radę Stanu [5]. Równocześnie jednak zdawano sobie sprawę z konsekwencyj takiego stanowiska i starano się — w wielkiej mierze bezskutecznie — ograniczyć niebezpieczeństwa takiej niczem nie krępowanej dyktatury Prezydenta. I tutaj punktem wyjścia stała się pewna doktryna: swobodne uznanie Prezydenta winno być »pflichtgemäss« [6] to jest winien on wykorzystywać prawa, przysługujące mu z art. 48, II. tylko dla celów określonych w tym artykule dla przywrócenia i utrzymania spokoju i bezpieczeństwa, oraz powinien stosować swe za-

---

[1] Orz. Tryb. Rzeszy w zbiorze orz. t. 56, str. 165, t. 59, str. 45 str. 189.

[2] Orz. Tryb. Rzeszy z 5 IV 1932 D. Jur. Zeit. t. 37 szp. 996—7.

[3] Uznanie, że Prezydentowi przysługuje prawo subdelegacji zasługuje na tem większą uwagę, iż jest wyłomem w powszechnej teorji, wedle której kompetencje publiczno-prawne nie mogą być subdelegowane, nie mogą być wykonywane przez zastępców.

[4] Wobec tego, że sądy niemieckie przyznały sobie prawo badania konstytucyjności ustaw — samoograniczenie ich właśnie w zakresie aktów Prezydenta Rzeszy z art. 48, II. jest tem bardziej charakterystycznem. Szczegółową analizę stanowiska Staatsgerichtshofu w tej sprawie p. u Carola Schmitta: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (w »Die Reichsgerichtstpraxis im deutschen Rechtsleben t. I., str. 154 n. zwł. 167 i 171 n.), a także w »Der Hüter der Verfassung« zwł. str. 12 n.

[5] Na ten związek praktyki niemieckiej z doktryną francuską zwraca przedewszystkiem uwagę Rudolf Smend: Verfassung und Verfassungsrecht str. 103, por. także u Triepela: Streitigkeiten zwischen Reich und Länder str. 99.

[6] Anschutz jw. l. 8 objaśnień do art. 48. Grau w H. d. D. Str. II. str. 279 także orzecznictwo Staatsgerichtshofu (podane przez Thoma: Das Staatsgerichtsbarkeit des deutschen Reichs) w »Die Reichsgerichtspraxis« I. 188 n.

rządzenia proporcjonalnie do niebezpieczeństw, które mają one odwrócić. Sąd może badać czy ta miara została zachowana, czy swobodne uznanie stosowane jest »pflichtgemäss«. W ten sposób — w pewnej analogji do francuskiego »detournement de pouvoir« — doktryna naukowa w pewnych, bardzo zresztą skromnych granicach, usiłuje zdobyć dla sądów, specjalnie dla Staatsgerichsthofu prawo badania, czy granice swobodnego uznania nie zostały przez Prezydenta Rzeszy przekroczone. »Swobodne uznanie nie jest identyczne ze swobodą (Willkür). Nie tylko swobodne uznanie administracji, również swobodne uznanie rządu.. ma swe granice. I tu obowiązuje zasada, że przekroczenie swobodnego uznania i nadużycie swobodnego uznania czyni akt władzy państwowej wadliwym« [1].

Praktyka sądowa nie poszła jednak zbyt daleko w tym kierunku [2]. Jedyne orzeczenie Staatsgerichsthofu [3], mogące tu oddać pewne usługi, nie odnosi się do zarządzeń Prezydenta Rzeszy z art. 48, II., lecz do zarządzeń rządów krajowych, opartych na analogicznych przepisach Konstytucyj krajowych [4], w drodze więc analogji tylko mogłoby być stosowane do zarządzeń Prezydenta Rzeszy. Gdyby jednak nawet zastosować tę analogję [5], to i wtedy ramy kontroli sądowej, powyższem orzeczeniem wprowadzonej, byłyby dość szczupłe. Prawo kontroli zarządzeń z art. 48, II posiadałby tylko Staatsgerichsthof, a nie zwykłe sądy [6]. Prawo to opierałoby się na art. 19 Konstytucji Rzeszy (spory publiczno-prawne między Rzeszą a krajami) a więc z wnioskiem o orzeczenie nielegalności dekretu mógłby wystąpić tylko rząd krajowy przeciw Rzeszy (lub naodwrót — w wypadku art. 48, IV.) Staatsgerichsthof mógłby w szczególności badać, czy istniała »konieczność i pilność wydania zarządzeń«. Niemniej i w tym wypadku Staatsgerichtshof zakreśla bardzo szerokie granice swobodnemu uznaniu rządu. »Sądowi, badającemu sprawę ex post, będzie bez mała niemożliwem,

---

[1] Triepel: Streitigkeiten str. 100—101.

[2] Por. Albert Hensel: Grundrechte und Rechtsprechung (Die Reichgerichtspraxis I. Band) str. 7.

[3] Szczegółowa analiza tego orzeczenia z dnia 12 czerwca 1921, (RG. 102, 413) u Thomy: Die Staatsgerichtsbarkeit jw. str. 187 n.

[4] W danym wypadku szło o dekrety rządu pruskiego, oparte na art. 55 Konstytucji pruskiej.

[5] Co czyni właśnie Thoma j. w.

[6] Por. Jacobi: Reichsverfassungsänderung (Die Reichsgerichtspraxis I. B.) str. 274.

postawić się w położenie rządu, wziąść za jedyną podstawę swych rozważań stan z chwili wydania zarządzeń rządu (zaczepionych skargą), abstrahując od wszystkiego, co zaszło później. Jeśli się zważy to wszystko, to dochodzi się do rezultatu, że swobodne uznanie rządu nakazuje uważać postępowanie rządu tak długo za uprawnione, jak długo z warunków krytycznej chwili nie wynika niewątpliwie przeciwieństwo tego«[1]. Domniemanie legalności zarządzeń rządu jest tu sformułowane w tak stanowczy sposób, a przeciwdowód domniemania obwarowany takimi stwierdzeniami jego »bez mała niemożliwości«, że kontrola sądowa czy granice swobodnego uznania nie zostały przekroczone, pozostaje właściwie w tych warunkach w sferze czystej teorji[2]. Inne trybunały Rzeszy nie arogują sobie nawet

[1] W cytowanem orzeczeniu (Rg. 112 Anh. str. 8, 9).

[2] Cytowany już wyrok Staatsgerichtshofu w sprawie »Rzesza-Prusy« usiłuje określić możliwie ściśle granice swobodnego uznania Prezydenta Rzeszy, a przez to zarazem zakreślić granice swej kompetencji co do badania zarządzeń z art. 48, II. Zasługują w tym wyroku na uwagę następujące określenia.

a) »Der Reichspräsident konnte in dieser Lage nach pflichtmässigen Ermessen zu der Auffassung gelangen, dass es geboten sei, zu diesem Zwecke (tj. dla utrzymania publicznego bezpieczeństwa i porządku) nicht nur die polizeilichen Machtmittel Preussens in die Hand des Reiches zu legen... (str. 46);

b) »Ein Ermessensmissbrauch würde nur in Frage kommen, wenn sich erweisen liesse, dass der Reichspräsident die Verordnung nicht zu dem Zwecke der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern zu anderen, ausserhalb des Art. 48, Abs. II. liegenden Zwecken erlassen habe (str. 46).

c) Eine Ermessensüberschreitung würde dann vorliegen, wenn sich ergäbe, dass in der Verordnung vom 20 Juli 1932 Massnahmen getroffen seien, die offensichtlich über den Zweck der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hinausreichen« str. 47.

W ten sposób — jeśli idzie o samo zarządzenie Prezydenta Rzeszy, ujmuje je Staatsgerichtshof wyraźnie jako leżące w zakresie swobodnego uznania, a przekroczenie swobodnego uznania przyjmie jedynie wtedy, gdy jest ono »offensichtlich«.

d) Jeśli idzie natomiast o sposób wykonania zarządzeń Prezydenta przez podległe mu organa — to Staatsgerichtshof zakreśla swemu prawu badania ich legalności jeszcze szczuplejsze granice: »Die Frage aber, ob der Reichskomissar bei seinen Massnahmen gegen die anderen preussischen Minister sachgemäss verfahren ist, hat der Staatsgerichtshof nicht nachzuprüfen. Soweit die dem Reichskommissar erteilte Ermächtigung mit der Reichsverfassung in Einklang steht, war er befugt von dieser Ermächtigung nach seinem eigenen Ermessen Gebrauch zu machen. Wie er von der Ermächtigung innerhalb ihrer Grenzen Gebrauch gemacht hat, hat er nur dem Reichspräsidenten zu verantworten« (str. 47—48).

tak szczupłych rozmiarów kontroli. Tezy orzeczeń Reichstagu w tych sprawach brzmią: »Pozostawionem jest w zupełności swobodnemu uznaniu rządu Rzeszy, w jaką formę pragnie ubrać swe zarządzenia... Sądy nie mają prawa badania, czy powzięte zarządzenia odpowiadają celowi«. »Odnośnie zaś do zarządzeń rządów krajowych«: »Sędzia ma prawo badać, czy istniały założenia, konieczne do tego, by rząd krajowy mógł wykorzystać przepis art. 48, IV. Niemniej Sąd niema prawa badać ani celowości tych zarządzeń, ani czy istniało niebezpieczeństwo zwłoki« [1]. Zupełna więc rezygnacja odnośnie do zarządzeń Prezydenta Rzeszy, pewne próby kontroli odnośnie do dyktatury rządów krajowych.

Takie stanowisko sądów miało konsekwencje, sięgające daleko w konstrukcję podziału władz, a po części i zasadę niezawisłości sądów. Stosunek sądów do piastuna władzy wykonawczej ulegał zasadniczej zmianie, w miarę jako obok (a w dalszym rozwoju wypadków również i w miejsce) ustaw wydawanych przez parlament pojawiły się rozporządzenia władzy wykonawczej, mające moc ustawy — sądy zaś ograniczały do minimum swe prawo do kontrolowania legalności takich rozporządzeń — ustaw. »Zależność sądów od ustawy w znaczeniu materjalnem, jej poddanie woli ustawodawcy oznacza tak długo zależność od ciała ustawodawczego, jak długo ciało to jest rzeczywiście panem maszyny ustawodawczej. W miarę jednak, jak władza wykonawcza umiała sobie zdobyć decydujący wpływ na kierunek i treść ustawodawstwa, zaczęła ona równocześnie decydować o tej stronie wymiaru sprawiedliwości, która nie jest chroniona niezawisłością. Władza wykonawcza — już nie Legislatywa — dostarcza sądom tego narzędzia, które są one obowiązane stosować. Bez naruszenia niezawisłości sędziowskiej zmienił się wzajemny stosunek wymiaru sprawiedliwości i władzy wykonawczej — naskutek zmiany sytuacji, która zaszła poza sferą wymiaru sprawiedliwości« [2].

Art. 48, ust. II., a zwykłe ustawy.

Zarówno teorja jak i praktyka sądowa przyznała że zarządzenia Prezydenta Rzeszy mogą mieć charakter ustawy. Ten ich

[1] Albert Hensel: Grundrechte und Rechtssprechung. (Das Reichsgerichtspraxis I., str. 7), por. odmienną motywację podobnego stanowiska u Jerusalema: »Die Staatsgerichtsbarkeit« str. 99.

[2] Ludwik Gebhard: Der Vorrang der Regierungsgewalt (Zeitschrift für Politik. November 1932, str. 509.

charakter jest powszechnie uznawany [1], przyczem zarówno teorja, jak i judykatura sądowa ujmuje go w ten sposób, iż stwierdza, że Prezydent Rzeszy ma swobodę w określeniu formy i treści swych zarządzeń, i że swoboda ta została wykorzystana dla rozbudowania w drodze art. 48, II. prawa do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy [2]. I tutaj — podobnie jak przy ujmowaniu swobodnego uznania Prezydenta — pojawiają się próby ograniczenia tego charakteru, stworzenia skutecznych prawnie różnic między ustawą a rozporządzeniem Prezydenta z mocą ustawy. I tu próby te są po większej części bezskuteczne:

a) teoretycznem ograniczeniem jest fakt, że zarządzenia z art. 48, II. są z natury swej prowizoryczne: mają obowiązywać tak długo, jak długo istnieje zakłócenie lub zagrożenie bezpieczeństwa i porządku, dla usunięcia których zostały wydane. Praktycznie nie odbija się to jednak na ich trwałości, którą liczyć można na lata.

---

[1] Najmniej wyraźnie Schmitt, co pozostaje w związku z jego konstrukcją, iż dyktatura z art. 48, II. jest przełamaniem zasady podziału władz, a więc rozróżnienia ustawy, aktu administracyjnego i wyroku. Podkreśla on natomiast bardzo wyraźnie, że art. 48, II. — to jest »allgemeines Verordnungsrecht d. h. kein provisorisches Gesetzgebungsrecht«. Te ostatnie bowiem są »nicht nur eine Vorkehrung (jak zarządzenia z art. 48, II.), sondern eine in der Sache definitiv richtige, rechtliche Normierung« (Veröff. I. str. 99). Ostatnio jednak o tyle zmienia swe stanowisko, iż przyjmuje: »Das gesetzvertretende Verordnungsrecht des Reichspräsidenten, wenn es in der Befugnis zu Massnahmen nicht enthalten war, jedenfalls n u n m e h r z u i h r h i n z u g e t r e t e n i s t« (Der Hüter der Verfassung 121). Zupełnie natomiast wyraźnie Anschutz (Komentarz, uw. 12 b. do art. 48). Thoma: Der Vorbehalt der Legislative (H d DStR. II. 222) Jacobi: Die Rechtsverordnungen (H d DStR. II. 241). Hensel: Die Rangordnung der Rechtsquellen (H d DStR. II 318 n.). Grau: Die Diktaturgewalt (H d DStR. II. 275). Z judykatury po raz pierwszy Gericht (IV Senat karny) 29 października 1920 (Orz. t. 55. str. 115 n.). Ilość orzeczeń stojących na tem stanowisku jest tak znaczna, że wystarczy zacytować dwie typowe dla nich tezy: »Rozporządzenia po myśli art. 48, II. są bezwątpienia ustawowem unormowaniem w rozumieniu art. 105, 151, 152 Konstytucji«. »Zmiana przepisów karnych co do stanu faktycznego lub ram kary podpada pod zakres ustawodawstwa i w t e n s p o s ó b, j a k o n o (u s t a w o d a s t w o) w o g ó l n o ś c i pozostawione jest swobodnej kompetencji Prezydenta po myśli art. 48, II. Konstytucji w ramach założeń i celu tego przepisu« (RG. ST. 58, 269. RG. St. 59, 41).

[2] Projekt ustawy wykonawczej do art. 48, II. postanawiał w art. 5. »Die von dem Reichspräsidenten oder seinem Beauftragten auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung erlassenen Verordnungen sind Gesetze im Sinne der Reichsverfassung«.

Usiłowano [1] z prowizoryczności tych zarządzeń wyciągnąć wniosek, iż i ich skutki nie mogą być trwałe, że winny być usunięte, gdy samo zarządzenie przestało obowiązywać. Staatsgerichtshof nie przychylił się do tego stanowiska: fakt, że zarządzenia Prezydenta Rzeszy z art. 48, II. są czasowo ograniczone, nie wyklucza, że na ich podstawie »powzięto zarządzenia, które, jak włączenie pewnej gminy do innej, powodują trwałe skutki« [2]. Prowizoryczność zarządzeń Prezydenta nie pociąga za sobą żadnych praktycznych konsekwencyj, ta teoretyczna różnica między zarządzeniem Prezydenta a ustawą niema praktycznego znaczenia [3];

b) drugiem praktycznem ograniczeniem, które usiłowano wprowadzić, było stwierdzenie, iż zarządzenia Prezydenta z art. 48, II., jakkolwiek mają moc i charakter ustawy, nie mogą dotyczyć tych kwestyj, dla których w Konstytucji przewidziano ustawowe uregulowanie. Ilość takich wypadków, gdzie Konstytucja ustanowiła tylko ogólne zasady, a szczegółowe ich uregulowanie pozostawiło ustawom (»der Vorbehalt des Gesetzes«) jest, zwłaszcza w części II. o podstawowych obowiązkach i prawach obywateli, bardzo znaczna. Teza, wykluczająca by ustawą w rozumieniu tego konstytucyjnego zastrzeżenia mogło być rozporządzenie Prezydenta, opierała się na rozumowaniu, iż »zastrzeżenie drogi ustawowej oznacza (jak wynika z związku z tych przepisów z budową konstytucji) współdziałanie parlamentu przy określonej i przez konstytucję przewidzianej decyzji państwa« [4]. Stanowisko to jednak nie utrzymało się ani w teorji, ani w praktyce. W doktrynie naukowej przyjęto, że wszelkie sprawy przekazane zwykłemu ustawodawstwu mogą być regulowane rozporządzeniami Prezydenta Rzeszy [5]. Praktyka poszła w tym

---

[1] Jedna z gmin w kraju Mecklenburg Strelitz, zniesiona i włączona do sąsiedniej w konsekwencji zarządzeń Prezydenta Rzeszy.

[2] Staatsgerichtshof 5 grudnia 1931 (RGZ 134 Anh. str. 24).

[3] Por. Grau: Diktaturgewalt Hd DStR. II. 280; »Die Vorlaufigkeit der Diktaturmassnahmen übt notwendig Einfluss auf ihren materiellen Inhalt aus (nie określa jednak jaki wpływ, a zaraz dalej określa jakiego wpływu nie wywiera): jedoch kann es dem Diktator zweckmasig ercheinen, seine Massnahme anscheinend (nie podaje, na czem prawnie polega »pozorność«) an die Dauer anzulegen, um ihre Autoritat zu erhöhen.

[4] Grau: Diktaturgewalt Hd DStR II. 285.

[5] Anschutz, uw. 13 do art. 48 w komentarzu do Konstytucji. Jeszcze dalej idzie Thoma, dla którego »Vorbehalt des Gesetzes« — to zastrzeżenie, iż zagadnienie będzie uregulowane ogólnie (»generalle Regelung«) Anderseits ist nicht zu vermuten, dass es dabei auf Gesetzsform ankommt (Der Vorbehalt des Legislative Hd. DStR. II. 226).

kierunku. Prezydent Rzeszy regulował szereg spraw, co do których istnieje »Vorbehalt des Gesetzes« [1], a praktyka sądowa uznawał zawsze legalność takich zarządzeń Prezydenta [2].

W ten sposób w praktyce nie stworzono żadnej różnicy między ustawami a rozporządzeniami Prezydenta z art. 48, II. Prezydent może konkurująco z Reichstagiem regulować wszelkie sprawy, może też swobodnie zmieniać i uchylać zwykłe ustawy w każdym wypadku, który jego zdaniem podpada pod założenia art. 48, II. Kompetencja Prezydenta idzie jeszcze dalej. Prezydent jest w mniejszym stopniu niż Reichstag skrępowany Konstytucją. Reichstag nie może w drodze zwykłej ustawy zmienić, ani czasowo zawieszaa Konstytucji, Prezydent ma tutaj pewien zakres swobody [3].

Art. 48, II., a pozostałe przepisy Konstytucji Rzeszy.

1. Stosunek art. 48 do pozostałych przepisów Konstytucji Rzeszy określony jest wyraźnie jedynie co do kilku artykułów, mówiących o prawach obywatelskich (art. 114 wolność osobista, art. 115 nietykalność mieszkania, art. 117 tajemnica korespondencji i tajemnica pocztowa, art. 118 wolność prasy i zakaz cenzury, art. 123 wolność zgromadzeń, art. 124 wolność stowarzyszeń, art. 153 prawo własności). Prezydent Rzeszy może »przejściowo zawiesić moc obowiązującą« (ausser Kraft setzen): Praw zasadniczych ustanowionych w tych artykułach«.

a) co znaczy »prawa zasadnicze« (»Grundrechte«). Możliwe jest poczwórne rozumienie tego określenia. Albo znaczy to: wszystkie przepisy części II. Konstytucji weimarskiej, mającej tytuł »Grund-

[1] Typowym przykładem jest ustanawianie przez Prezydenta sądów wyjątkowych, jakkolwiek ustanawianie sądów zostało przez Kontytucję zastrzeżone dla drogi ustawowej (»der gesetzliche Richter« art. 105 Konstytucji).

[2] Por. RG St. 58, 269, zacytowane wyżej (str. 319, przyp. 1). Judykatura szła niejednokrotnie jeszcze dalej, stawiając na równi w tej kwestji nietylko ustawy Rzeszy, ale i ustawy krajów, nietylko zarządzenie Prezydenta z art. 48, II. ale i rozporządzenia rządu Rzeszy, a nawet rozporządzenia rządów krajowych; judykatura cytowana u Hensela; Grundrechte und Rechtssprechung w »Die Reichsgerichtspraxis« I. str. 31.

[3] By uchwycić znaczenie tej różnicy trzeba zawsze pamiętać, że sądy niemieckie wywalczyły sobie prawo badania konstytucyjności ustaw i w ten sposób zaprowadziły kontrolę sądową zgodności uchwał Reichstagu z konstytucją — nie skrępowały natomiast w tym samym stopniu Prezydenta Rzeszy, pozostawiając jego zarządzeniom z art. 48, II. Konstytucji większą swobodę niż Reichstagowi.

rechte und Grundpflichten der Verfassung« a ponadto te wszystkie przepisy części I Konstytucji mające teoretyczno-prawny charakter praw zasadniczych jednostki (np. art. 105 o »ustawowym sędzi«)[1]. Interpretacja najszersza, łącząca w sobie materjalny i formalny punkt widzenia, a równocześnie najbardziej ścieśniająca dyktatorjalne kompetencje. Wedle niej z wszystkich Grundrechte w tem rozumieniu (a więc całej części II. i niektórych przepisów części I. Konstytucji) mogą być zawieszone tylko wyraźnie powołane w art. 48 II.

Druga interpretacja: »Grundrechte« to tylko przepisy części II. Konstytucji, ale wszystkie przepisy tej części[2], punkt widzenia czysto formalny.

Trzecia interpretacja — »Grundrechte« to te przepisy, które mają teoretyczno-prawny charakter praw zasadniczych, bez względu na to, czy zawarte są w II. czy w I. części Konstytucji — a więc niewszystkie przepisy części II. ale ponadto niektóre przepisy części I.[3].

Czwarta interpretacja najciaśniejsza, łączy w sobie znów, jak najszersza, formalny i materjalny punkt widzenia: »Grundrechte« to tylko przepisy części II. Konstytucji (formalny punkt widzenia), ale nie wszystkie przepisy tej części, lecz tylko te, które stanowią z teoretyczno-prawnego punktu widzenia prawa zasadnicze (materjalny punkt widzenia). Tę ostatnią interpretację, dającą największą swobodę władzy dyktatorjalnej Prezydenta Rzeszy, przyjęła praktyka konstytucyjna niemiecka[4];

---

[1] Na tem stanowisku zdaje się stać Grau (Diktatur w Hd DStR II. 287).

[2] Na tem stanowisku zdaje się stać Giese w komentarzu do Konstytucji, uwaga 7 do art. 48.

[3] To wydaje się być stanowiskiem Anschütza, uw. 13 do art. 48 w komentarzu do Konstytucji.

[4] Np. ograniczając w drodze art. 48, II. prawa obywateli z art. 105 (ustawowy sędzia), choć ten przepis zawiera w sobie z teoretyczno-prawnego punktu widzenia prawo zasadnicze obywateli — ale nie mieści się w części II. Konstytucji. Przykładem jest tu np. rozp. z 13 VII, 1931 r. w sprawie Danatbanku (Darmstädter und Nationalbank) którego konstytucyjność kwestjonuje np. Karl Löwenstein (z punktu widzenia oczywiście interpretacji w tekście oznaczonej jako pierwsza i trzecia): »in einem spezialisierten ganz konkreten Ausnahme und Einzelfall ist die Anwendung des bürgerlichen Verfahrensrechtes ausser Geltung gesetzt; diese in der Geschichte des deutschen Rechtsstaates beispiellose Fall bedeutet einen unverhüllten Vorstoss gegen das verfassungsmässige Verbot der Richterentziehung in Art. 105 S. 2. Reichverfassung« (Zur Verfassungsmäsigkeit der Notverordnungen von Juli und August 1931. Arch, d. öff. Rechts 21. Band 1931, str. 139). Z drugiej zas strony możliwe jest przy tej interpretacji ograniczenie w drodze art. 48, II. prawa

b) co znaczy »ausser Kraft setzen«? Powszechnie się przyjęła interpretacja, dana temu określeniu przez Carola Schmitta: »zawiesić moc obowiązującą normy znaczy: wyraźną deklaracją zawiesić jej obowiązywanie w stosunku do siebie (tj. deklarującego) i każdej władzy, działającej w ramach swych kompetencyj... Zgodnie z rozwojem historycznym może być zawieszona moc obowiązująca jedynie praw zasadniczych, a nie dowolnych artykułów konstytucji. Znajduje to swe wytłumaczenie w tem, że wskutek zawieszenia praw zasadniczych odpadają szranki, jakie ustanowiono każdej władzy państwowej w interesie obywatela« [1]. Prawa zasadnicze, objęte zawieszeniem, pozostają przeto nadal w mocy, nie jest np. dopuszczalne uchwalenie w czasie ich zawieszenia zwykłych ustaw, z nimi sprzecznych, a obliczonych na trwałe obowiązywanie [2]. Jedynie w praktycznej działalności władz — zarówno dyktatorjalnych, jak wszelkich innych (zwłaszcza policyjnych) [3] mogą się władze nie krępować ograniczeniami, zawartymi w zawieszonych prawach;

c) jaki jest stosunek tego przepisu do innych przepisów art. 48, II.? Przepis o możności zawieszenia niektórych praw obywatelskich ujęty jest jako osobne (drugie) zdanie art. 48, ust. II. Wedle powszechnej opinji stanowi on ograniczenie praw Prezydenta Rzeszy, przyznanych mu w zd. 1, ust. II. art. 48 i postanawia, że z praw zasadniczych Konstytucji [4] może Prezydent w drodze aktów dyktatury ograniczyć tylko wyraźnie wymienione w tym art. [5]. Żadne inne prawa zasadnicze nie mogą być w żadnej formie przez zarządzenia Prezydenta Rzeszy z art. 48, II. naruszone.

przyznanego urzędnikom w art. 129 Konstytucji (rozp. Prez. z 23 października 1923 Dz. U. I. 995), choć ten przepis mieści się w części II. Konstytucji — ale z teoretyczno-prawnego punktu widzenia może nasunąć wątpliwości, czy zawiera prawo zasadnicze obywateli).

[1] Veröff. I. str. 75.

[2] Grau: Diktatur jw. 283.

[3] Anschutz w komentarzu uw. 13 od art. 48. Grau jw. str. 283 stoi na stanowisku — odosobnionem zresztą — że z zawieszenia praw może korzystać jedynie dyktator i jego pomocnicze, wyraźnie do tego upoważnione organy, a nie zwykłe władze i urzędy.

[4] Podkreślam: z praw zasadniczych. Nawet ta konstrukcja bowiem nie staje na stanowisku, by Prezydent nie mógł w drodze aktów dyktatury ograniczyć innych (organizacyjnych) przepisów Konstytucji. Przypominam również, że pojęcie »prawa zasadnicze« może być rozmaicie rozumiane, por. wyżej str. 321.

[5] Pierwotne określenie tej teorji (jako polemika z niżej przedstawioną teorją Schmitta — Jacobiego) dał Nawiasky w Arch. d. öff. Rechts NF. IX. str. 1 n.

Konstrukcja ta powstała jako polemika z konstrukcją Schmitta i Jacobiego [1]; Schmitt i Jacobi wyszli z założenia, iż kompetencje Prezydenta określone w art. 48, II. zd. 1 są dyktaturą, są swobodą wydania zarządzeń wedle uznania, zdanie 2 zaś tego ustępu jest w swej konstrukcji przejęciem jednej z formalistycznych konstrukcyj stanu oblężenia. W związku z tem twierdzili, iż »zdanie 2 nie zawiera w stosunku do zdania 1 żadnego ograniczenia, lecz nową, uzupełniającą zdanie 1 kompetencję, mianowicie prawo zawieszenia wyliczonych w niej artykułów Konstytucji bez wydawania zarządzeń« [2] przewidzianych w zdaniu 1. Konstrukcja nie przyjęta ani w nauce ani w praktyce niemieckiej, ale wobec faktu, że Schmitt wywarł decydujący wpływ na rozwój praktyki z art. 48, II., wymagająca zanotowania.

2. Jaki jest stosunek art. 48, ust. II. do innych [3] przepisów Konstytucji. Ta kwestja była zagadnieniem, którego rozwiązanie ulegało zmianom zależnie od rozwoju praktyki i od rozwoju władzy dyktatorjalnej Prezydenta Rzeszy:

a) punktem wyjścia była teza, że Prezydent nie może w rozporządzeniach art. 48, ust. II., zmieniać, ani naruszać, ani zawieszać żadnych przepisów Konstytucji. I logicznie i chronologicznie pozostaje ona w związku z tezą, iż Prezydentowi wolno zawieszać jedynie wymienione w art. 48, ust. II. zd. 2 prawa zasadnicze. Najgruntowniej — choć z pewnem federalistycznem przejaskrawieniem — ujęta przez Nawiaskyego [4], jeszcze w r. 1930 określana przez Thoma jako »communis opinio« nauki i praktyki [5], opierała się na identyfikacji słów »öffentliche Sicherheit und Ordnung« z pojęciem Konstytucji pozytywnej, przyczem przez Konstytucję rozumiano każdy

---

[1] Veröff. I. 63 n. W teorji przyjmuje ich stanowisko Thoma: »Die Notstandsverordnung des Reichspräsidenten vom 27 Juli 1930 (Zeitschr. f. öff. Recht. XI. Bd. str. 14).

[2] Veröff. st. 194.

[3] Innych poza właśnie art. 48, II., jeśli się stoi na stanowisku Schmitta (niżej str. 328 — nie na stanowisku Jakobiego — ten, nie wykluczając możności wkraczania zarządzeń z art. 48, II. w przepisy organizacyjne Konstytucji, wyklucza wkraczanie ich w prawa zasadnicze poza wymienionymi art. 48, ust. II. zd. 2, por. Veröff. str. 118). Innych poza art. 48, ust. II. i poza prawami zasadniczymi, jeśli się stoi na stanowisku panującej teorji.

[4] Hans Nawiasky: Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung. Archiv des öff. Rechts. XI. Band. 1925, str. 1 i nast.

[5] W Zeitsch. f. öff. Recht. XI. Band 1930, str. 13.

artykuł Konstytucji weimarskiej, każdy artykuł ten Konstytucji był dla zarządzeń Prezydenta z art. 48, II. szranką nie do przebycia;

b) taka interpretacja nie dała się długo utrzymać. Już skoro przyjęto, że zarządzenia z art. 48, ust. II. mogą mieć charakter ustawy — naruszono przez tę tezę przepisy Konstytucji o władzy ustawodawczej Reichstagu, o podziale kompetencji między Prezydenta Rzeszy a Reichstag. I oto tu tkwiła logiczna konieczność następnej z kolei konstrukcji: Zarządzenie Prezydenta z art. 48, ust. II. mogą o tyle naruszać Konstytucję, że mogą prowizorycznie zmieniać ustalony w Konstytucji podział kompetencji pomiędzy poszczególne organy państwowe, także pomiędzy Rzeszę i kraje — nie mogą jednak — nawet prowizorycznie — znosić jakichkolwiek z tych organów, naruszać je w ich istocie. Na takiem stanowisku stanęła zarówno praktyka, jak i nauka. To stanowisko przyjął Staatsgerichtshof w sporze między Rzeszą a Prusami. »Zarządzenia z art. 48, ust. II. muszą jednak nietylko pozostawać w ramach celu — przywrócenia publicznego bezpieczeństwa i porządku, muszą ponadto pozostawać w nieprzekraczalnych granicach, jakie wynikają ze związku tego artykułu z innemi Przepisami Konstytucji Rzeszy. Trybunał Państwa w swem dotyczasowem orzecznictwie reprezentował stale pogląd, iż Prezydent Rzeszy — poza przyznanem mu prawem zawieszenia siedmiu praw zasadniczych — związany jest wszystkimi tymi przepisami Konstytucji, które nie są jedynie rozgraniczeniem kompetencji między Rzeszą a krajem, albo rozgraniczeniem kompetencji między poszczególnymi organami Rzeszy (RGZ. t. 134 dodatek str. 26 (43) Bumke »Ausgewählte Entscheidungen« 5. Heft str. 5 (22) RGZ t. 135 dodatek str. 30 (38). Należy trwać dalej na tem stanowisku, które niejednokrotnie reprezentował rząd Rzeszy (patrz przedewszystkiem wywody min. sprawiedl. Schiffera w Zgromadzeniu Narodowem dnia 3 marca 1920) i które przeważa w literaturze. W myśl powyższego jest treść zaczepionego zarządzenia (z 20 lipca 1932 przekazującego funkcje rządu pruskiego komisarzowi Rzeszy) konstytucyjnie dopuszczalna o tyle, o ile może być ujmowane jako jedynie przesunięcie kompetencji, jako przeniesienie agend i uprawnień rządu krajowego na organ Rzeszy, natomiast nie jest zgodne z Konstytucją, o ile zarządzeniem wkroczono w inne przepisy Konstytucji« [1].

---

[1] Wyrok jw. 48.

Doktryna naukowa, akcentująca ten punkt widzenia, oparła swą konstrukcję najczęściej na założeniu, że art. 48, ust. II. jest równorzędnym z wszystkimi artykułami Konstytucji przepisem, odmiennie niż pozostałe artykuły regulującym dla nadzwyczajnych okoliczności podział kompetencyj. Pozostałe przepisy organizacyjne konstytucji — to podział kompetencyj na czasy normalne. Art. 48. ust. II. — to podział kompetencyj (a raczej — zniesienie podziału kompetencyj) na czasy nienormalne. »Dyktator może wprawdzie, odmiennie od zwykłych kompetencyj Prezydenta Rzeszy i rządu Rzeszy, wedrzeć się w zwykłe ustawodastwo i rozwijać swoją działalność na terenie kompetencji krajów, ale ta pełnia władzy przysługuje mu dlatego, że sama Konstytucja uzupełnia artykułem 48, ust. II. swe ogólne normy organizacyjne o tworzeniu norm prawnych w Rzeszy i podziale kompetencyj. Art. 48, ust. II. przeto obok swej funkcji, polegającej na pełnomocnictwach dla Prezydenta Rzeszy, ma również funkcję organizacyjną. Sprawia ona, że obok drogi normalnego tworzenia norm prawnych istnieje droga nadzwyczajna i obok normalnego podziału kompetencji — nadzwyczajne kompetencje Rzeszy. Konstytucja Rzeszy nie popada w ten sposób w sprzeczność sama z sobą, lecz stwarza wyjątki od od swych ogólnych postanowień organizacyjnych, których obowiązywanie jest w ten sposób z góry ograniczone« [1]. W tej interpretacji zagadnienie sprowadza się do problemu podziału władz (między legislatywę i egzekutywę) i struktury państwa związkowego (podział kompetencji między Rzeszą a kraje): jedno i drugie może być zawieszone w zastosowaniu art. 48, II. [2]. W ten sposób praktyka

---

[1] Grau Diktatur w Hd. DStR. II. 281. Z podobnego rozumowania wychodzi Anschutz, widząc w tem jednak nie nadzwyczajną, lecz normalną kompetencję Rzeszy. Do kompetencji Rzeszy należy bowiem po myśli właśnie art. 48. II. dbanie o »Sicherheit und Ordnung« a ponieważ wykonywanie wszelkich spraw należących do kompetencji Rzeszy może być w drodze zwykłej ustawy oddane organom Rzeszy — przeto dla wykonania i tej kompetencji może Prezydent (wszak jego dekrety mają moc ustawy) w miejsce organów krajowych wprowadzić organy Rzeszy (uw. 14 do art. 48 w komentarzu do Konstytucji).

[2] Na związek tej konstrukcji z przełamaniem zasady podziału władz a w konsekwencji niemożność kontroli sądowej aktów Prezydenta z art. 48, ust. II. zwraca uwagę Jerusalem (Die Staatsgerichtssbarkeit str. 98 n.): »Wedle niemieckiego prawa konstytucyjnego Staatsgerichtshof jest niekompetentny, gdy Prezydent względnie rządy krajowe wykonują dyktaturę po myśli art. 48, II. (powinien zacytować również art. 48, IV.). Skoro mianowicie w miejsce normalnego podziału kompetencji między Rzeszę

czyni z art. 48, II. »Reserveverfassung«, »Verdoppelung des Verfassungsbodens« [1].

To właśnie, że pewne przepisy Konstytucji mogą być w drodze, nie będącej wyraźną zmianą Konstytucji, zawieszone, stanowi podstawę konstrukcji Jacobiego o »Verfassungsdurchbrechung« — »wyłomie w Konstytucji« [2]. »Prezydent Rzeszy może zarządzeniem lub rozporządzeniem o charakterze ustawy uczynić wyłom (durchbrechen) w artykułach Konstytucji, odnoszących się do organizacji Rzeszy, t. zn. przy dalszem obowiązywaniu zasady konstytucyjnej wydawać odstępujące od niej zarządzenia ogólne lub dla indywidualnego wypadku« [3]. A więc zasada — przepis Konstytucji — obowiązuje nadal, ale w miarę potrzeby dla pewnego wypadku lub nawet ogólnie może być uchylona możność jego stosowania — bez wyraźnej zmiany Konstytucji, nawet bez zastosowania proceduru przewidzianej dla zmiany Konstytucji (tu tkwi różnica między tą procedurą a oddawna w konstytucjonaliźmie różnych krajów stosowanem »derogatio ad casum«), lecz zarządzeniem Prezydenta Rzeszy nie mającem charakteru ustawy konstytucyjnej, lecz zwykłej ustawy;

c) cóż jednak przy takich konstrukcjach zostanie nienaruszalnego z konstytucji?

Twórca Konstytucji weimarskiej, pierwszy, który uprzytomnił sobie możliwości tkwiące w art. 48, II., pierwszy szukał też szranek. »Dyktatorskie kompetencje Prezydenta Rzeszy z art. 48, II.

---

a kraje i między poszczególne organy państwowe wstępują »zarządzenia« (Massnahmen) piastuna władzy dyktatorskiej, to odnośnie przepisy prawa konstytucyjnego są pozbawione w tej mierze mocy obowiązującej. Brak normy, odnośnie do której Staatsgerichtshof mógłby przeprowadzić swe badania sądowe. Innymi słowy: »zarządzenie«, które odsuwa nabok normy konstytucyjne, usuwa przez to samo kompetencję Staatsgerichtshofu«. Tenże związek — z odmiennem uzasadnieniem podkreśla Smend (Verfassung und Verfassungsrecht str. 102 n.). Por. także uwagę Hensela (Grundrechte str. 32).

[1] Leo Wittmayer: Rückblicke auf acht Jahre der Weimarer Verfassung (Zeitschrift f. Öff. Recht B. VI. H. 4 1927 str. 500).

[2] Jacobi w Verr. I. str. 117 n. (w swej rozprawie: Reichsverfassungsänderung RGer. Praxis t. I. str. 233 n. zwłaszcza 274 zdaje się zarządzeń z art. 48, II. nie wciągać w pojęcie »Verfassungsdurchbrechung). Por. także Carl Schmitt: Verfassunglehre. str. 100 n., 106 n., a dalej Karl Löwenstein: Erscheinungsformen der Verfassungsänderung str. 164 n.

[3] Veröff. I., str. 118, por. tamże na str. 139 jako reasumpcję dyskusji określenie »Duchbrechung der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung«.

znajdują (jak długo nie zostanie wydaną przewidziana w Konstytucji ustawa wykonawcza) granice jedynie w niewymienionych w tym artykule prawach zasadniczych i w ogólnych zasadach prawnej i politycznej odpowiedzialności« [1]. Kwestja praw zasadniczych nas w tem miejscu nie obchodzi. »Ogólne zasady prawnej i politycznej odpowiedzialności« jakkolwiek niesprecyzowane, zdają się oznaczać ten stosunek między parlamentem a głową państwa i jego rządem, jaki charakteryzuje każde państwo parlamentarne. Nie mogą więc w drodze art. 48, II. zostać zawieszone zasadnicze podstawy stosunku Prezydenta, Rządu i Reichstagu.

W tym samym kierunku zmierza konstrukcja Carola Schmitta o »organizacyjnem minimum konstytucji«, które zawarte jest w art. 48 ust. II. i które jako tam zawarte nie może być naruszane zarządzeniami Prezydenta, wydawanymi po myśli tego artykułu [2]. »Artykuł ten stwarza przedewszystkiem kompetencję Prezydenta Rzeszy. Co znaczy: Prezydent Rzeszy — wynika z kolei jedynie z Konstytucji. Kompetentnym dla wydawania zarządzeń, dopuszczalnych wedle art. 48, jest prawnie jedynie konstytucyjny Prezydent Rzeszy; nie np. osobistość, któraby sama w drodze art. 48 zdobyła stanowisko Prezydenta. Prezydent nie mógł również na podstawie tego artykułu przedłużyć swej własnej kadencji, lub też spowodować jakikolwiek taki stan faktyczny, któryby rzeczywiście wprowadzał zmiany do konstytucyjnej instytucji Prezydenta Rzeszy... Zarządzenia z art. 48, II. wymagają ponadto po myśli art. 50 Konstytucji kontrasygnaty ministra. Prezydent niezależny od tej kontrasygnaty, a więc od kontroli przez rząd Rzeszy nie byłby więcej Prezydentem w rozumieniu Konstytucji. Również musi być w każdej sytuacji utrzymanym Rząd Rzeszy w swej formie konstytucyjnej, to jest jako rząd, który po myśli art. 54 Konstytucji potrzebuje w swem urzędowaniu zaufania Reichstagu... Wkońcu obok Prezydenta Rzeszy i rządu Rzeszy należy do organizacyjnego minimum art. 48. Reichstag i to również w tej postaci, w jakiej istnieje jako instytucja konstytucyjna Konstytucji z r. 1919. Prezydent nie może opierając się na art. 48 przeszkodzić temu (w razie rozwiązania Reichstagu), by nowy Reichstag został wybrany w konstytucyjnym terminie i by się zebrał. Nie może znieść lub

---

[1] Preuss: Um die Reichsverfassung vom Weimar str. 39.

[2] Veröff. I., str. 93 n., 104.

przedłużyć terminu 60 dni ustalonego w art. 25, ust. II. dla nowych wyborów, nie może w drodze rozporządzenia naruszać w konstytucji ustalonych zasad prawa wyborczego, nie może swymi zarządzeniami uniemożliwić wykonania tego prawa ani też znieść swobody wyborów, zagwarantowanej w art. 125. W każdym razie jednak może powziąść zarządzenia, które wedle jego uznania zabezpieczają swobodę wyborów i w razie potrzeby decyduje o tem, na czem w konkretnym wypadku polega swoboda wyborów« [1]. Te przykłady wskazują, jak wedle inspiratora głównej części praktyki konstytucyjnej, opartej na art. 48 II. wyglądają granice konstytucyjne tej działalności. Płynność tych granic przypomina płynność granic między »ustrojem« a »normą konstytucji« (»Verfassung« i »Verfassungsgesetzliche Bestimmung«) w teorji Schmitta. Oba pojęcia pozostają zresztą ze sobą w istotnym i ścisłym związku.

Te gwarancje, jakie dają interpretacje Preussa i Schmitta nie obejmują jednak zupełnie federalistycznych cech ustroju Rzeszy. Przy takiej interpretacji można Rzeszę uczynić państwem jednolitem prowizorycznie, gdyż moc obowiązująca zarządzeń z art. 48, ust II. jest prowizoryczna, ale ze skutkami trwałymi, gdyż skutki tych zarządzeń są trwałe. Staatsgerichtshof był tym czynnikiem, który — w procesie Rzeszy z Prusami w wyroku z 25 październiką 1932, do minimum organizacyjnego dodał jeszcze minimum federalistyczne [2]: »Do przepisów Konstytucji, które nie zawierają prostego rozgraniczenia kompetencji należą przepisy o stanowisku krajów w Rzeszy i organizacji krajów, w szczególności art. 17, 60 i 63 Konstytucji. Art. 17 konstytucji postanawia, że każdy kraj musi mieć ustrój republikański. Gwarantuje każdemu krajowi, że będzie on posiadał rząd z niego pochodzący, rodzimy, który musi mieć zaufanie reprezentacji narodu. Na miejsce tego rządu nie może być wprowadzony — nawet prowizorycznie — inny organ... Urząd,

[1] Veröff. I. str. 93 i nast.

[2] Doktryna o organizacyjnym minimum federalizmu, zabezpieczonem przed zarządzeniami z art. 48, ust. II. widoczna jest już u Löwensteina (»Zur Verfassungsmässigkeit der Notverordnungen« w Arch. d. öff. Rechts. 21 Band. 1931, str. 124 n.). »Somit enthält die Befugnis« (w rozp. Prezydenta Rzeszy z 24 IX. 1931), vom geltenden Landesrecht abzuweichen, auch die Ermächtigung sich über das Landesverfassungsrecht hinwegzusetzen, immer jedoch mit dem sowohl für Art. 48, Abs. II. wie Abs. IV. unterstellten Vorbehalten der Schonung des reichsvervassungskräftig inkorporierten Landesverfassung im Rahmen des Reichsverfassungssystems selbst« (str. 155).

który w zasadzie i od początku nie potrzebuje zaufania reprezentacji narodu, nie może być rządem krajowym po myśli art. 17« [1]. Zgodnie z tem stanowiskiem, uznając w zasadzie dopuszczalność pozbawienia rządu krajowego jego kompetencji, pozostawia mu jednak Staatsgerichtshof kompetencje reprezentacyjne w Reichsracie, wobec Landtagu, wobec rządu Rzeszy »Hoheitsregierung« [2], a komisarza Rzeszy, pełniącego funkcje rządu krajowego, uznaje za organ Rzeszy a nie krajów.

Kontrola Reichstagu.

Specjalne środki kontroli Reichstagu nad zarządzeniami Prezydenta z art. 48, ust. III polegają na dwóch zasadach: o wszelkich takich zarządzeniach musi być Reichtag bezzwłocznie (unverzüglich) przez Prezydenta zawiadomiony; jeśli Reichstag tego wyraźnie zażąda, Prezydent musi uchylić zarządzenie, objęte żądaniem Reichstagu.

W przepisach tych zasługuje na uwagę szereg momentów:

a) prawo kontroli przysługuje tylko Reichstagowi, a nie np. Reichsratowi, to jest reprezentacji federalizmu — mimo tego, że praktyka art. 48, ust. II. umożliwia bardzo dotkliwe ograniczenia, a nawet chwilowe zawieszenia federalizmu;

b) nie potrzeba wyraźnej zgody Reichstagu na utrzymanie

---

[1] Wyrok jw. str. 48 i 49.

[2] Ten właśnie punkt ustępu Staatsgerichtshofu wzbudził najwięcej krytyki — i prawniczej i politycznej. Heckel (der Urteil des Staatsgerichtshofes w Arch. d. öff Rechts 23 Band 1933, str. 183 nast.) krytykując zasadniczo samą konstrukcję »przesunięcia kompetencji« przez zarządzenia z art. 48, II, dodaje nadto »Der Staatsgerichtshof entdeckt freilich in art. 17 RV. eine unüberwindbare Schranke der Diktatur, aber nur weil er dieser Norm einen Frontwechsel zumutet. Er findet in ihr eine Gewährleistung von Länderrechten. Jedoch sie ist nichts als die inhaltliche Beschränkung einer Länderzuständigkeit, nämlich der Verfassungsautonomie der Länder und bildet mithin selbst eine Kompetenznorm« (str. 195—6), Triepel (Die Entscheidung des Staatsgerichtshofes w »Deutsche Juristen Zeitung« 37 Jahrg. 1932 Heft. 24) ujmuje sprawę zasadniczo: »Denn bei Lichte besehen lässt sich Regierung nicht teilen. Man kann die gesetzgebende Gewalt, man kann die Verwaltung nach Gegenstand und Richtung aufteilen. Aber Regierung ist ihrem Wesen nach oberste Leitungs — und Entscheidungsgewalt im Dienste der Zusammenfassung staatlichen Kräfte zur Einheit. Sie ist daher selbst eine Einheit, die sich nich spalten lässt« (sp. 1508), podobnie w Deutsch. Jur. Zeitung 27 Jahrg. 1932 Westarp (Heft 22), Campe (Heft 22) także Huber Reichsgewalt und Staatsgerichtshof str. 54 n.

w mocy zarządzeń Prezydenta [1], lecz wprost odwrotnie — trzeba wyraźnego oświadczenia Reichstagu, jeśli chce on, by zarządzenia Prezydenta przestały obowiązywać. Jeśli brak tego żądania — zarządzenia nadal obowiązują;

c) żądanie Reichstagu nie powoduje samo przez się ustania mocy obowiązującej zarządzeń, lecz jedynie nakłada na Prezydenta Rzeszy obowiązek ich uchylenia. Po części w oparciu o to postanowienie, po części niezależnie od niego ustaliła się teorja, przyjęta i przez praktykę Reichstagu, że »żądanie« Reichstagu jest jedyną formą, prowadzącą do uchylenia zarządzeń Prezydenta, że natomiast zarządzenia te nie mogą być uchylone przez późniejszą od nich, choćby z nimi sprzeczną ustawę [2]. Choćby uchwalono taką ustawę, sprzeczne z nią zarządzenia jako prowizoryczne i obliczone tylko na usunięcie niebezpieczeństwa dla porządku publicznego obowiązują aż do ich uchylenia — z chwilą ich uchylenia zaczyna obowiązywać ustawa, której obowiązywanie dotąd było zawieszone;

d) niema przepisu, któryby w razie uchylenia jakiegoś zarządzenia Prezydenta Rzeszy z art. 48, II. na żądanie Reichstagu wzbraniał Prezydentowi ponownego wydania zarządzeń identycznych lub podobnych [3].

Obok tych specjalnych przepisów, wedle których domniemanie (brak wyraźnego żądania Reichstagu) przemawia za dalszym obowiązywaniem zarządzeń Prezydenta, a do ich uchylenia trzeba także wyraźnego aktu Prezydenta, a nie wystarcza wyraz woli parlamentu — mogą znaleść zastosowania dla kontroli Reichstagu nad praktyką art. 48, II., wszelkie postanowienia Konstytucji o kontroli parlamentu nad rządem, a więc postanowienia o odpowie-

---

[1] takie było pierwotne brzmienie projektu Preussa i projektu Komisji Konst. Zgrom. Nar. Obecne brzmienie wprowadzono dopiero w II. czytaniu na plenum Zgromadzenia Narodowego.

[2] Grau Diktatur Hd. DStR. II. 293 — tamże zestawiona literatura i praktyka.

[3] Zwłaszcza jeśli przed wydaniem tego nowego zarządzenia Prezydent rozwiązał Reichstag np. gdy po uchyleniu na żądanie Reichstagu zarządzenia Prezydenta Rzeszy z 16 VII. 1930 wydał Prezydent Rzeszy zarządzenia z dnia 26 lipca 1930 (»zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände«) prawie identyczne z uchylonem. Por. w sprawie konstytucyjności tego ostatniego zarządzenia opinję Richarda Thoma (Zeitschr. f. öff. Recht, XI. Bd. 1930, str. 13 n.): »Das Ausserkraftsetzungsverlangen eines Reichstages präjudiziert erneuten Massnahmen nur so lange, als keine neuen Ereignisse eingetreten sind und als der Reichstag existiert, der das Verlangen gestellt hat« (str. 14).

działności parlamentarnej rządu (art. 54), o możebności odwołania się przez Reichstag do Ludu, o złożenie z urzędu Prezydenta (art. 43) o odpowiedzialności karnej Prezydenta, Kanclerza i Ministrów przed Staatsgerichtshofem (art. 59). Zależy jednak od kontrolnej sytuacji politycznej, czy Reichstag zastosuje te bezpośrednie i pośrednie środki kontroli, tak samo jak od konkretnej sytuacji politycznej zależy, czy Prezydent będzie korzystał z art. 48, II.

Kontroli obligatoryjnej tedy (jaką byłaby konieczność wyraźnej zgody Reichstagu na zarządzenia Prezydenta) niema, kontrola sądowa jest ograniczona — i to daje w pewnej sytuacji Prezydentowi przewagę na Reichstagiem. Przewaga ta, o ile jest trwała, może doprowadzić do praktyki konstytucyjnej, zmieniającej gruntownie pierwotną konstrukcję ustrojową.

Rezultaty rozwoju.

Treść rozporządzeń Prezydenta Rzeszy wydanych z powołaniem się na art. 48, II. uległa w miarę rozwoju coraz większemu rozszerzeniu. Punkt wyjścia to jest analogja do dawnego »stanu oblężenia« (a więc zarządzenia oddające władzę wykonawczą w ręce władz wojskowych, wprowadzające sądy wyjątkowe, czy doraźne, zawieszające pewne prawa zasadnicze obywateli) został szybko przekroczony. Zarządzenia Prezydenta Rzeszy objęły kolejno sprawy: hogomeniczności politycznej rządu Rzeszy i rządów krajów (usunięcie, z powołaniem się nie tylko na art. 48, ust. I., ale również na art. 48, ust. II. rządów krajów Turyngji w r. 1920, Saksonji w r. 1923, rządu Prus w r. 1932), nałożenia pewnych granic walce politycznej stronnictw (rozwiązanie organizacyj komunistycznych w r. 1923, zakaz bojówek hitlerowskich w r. 1931, rozporżądzenie »przeciw wykroczeniom politycznym« w r. 1931, zarządzenie »Burgfrieden« — »Treuga Dei« tj. wstrzymania się od publicznej działalności politycznej w formie zebrań publicznych i t. d. w r. 1931 i 1932); regulowania spraw związanych z ustawodastwem socjalnem (zmiany ustaw o ochronie pracy, regulowanie wysokości płacy), gospodarczem (zakazy strajków w pewnych gałęziach publicznej użyteczności, ustalenie cen najważniejszych produktów i surowców, przyznawanie kredytów i subwencyj różnym gałęziom gospodarczym, polityka celna), finansowym (w finansach publicznych: ustawy podatkowe, budżet, w finansach prywatnych — regulowanie płatności zobowiązań, zwłaszcza wobec zagranicy, ustalenie stopy pro-

centowej); reorganizacja administracji państwowej (łączenie poszczególnych okręgów administracyjnych, zmiany kompetencji władz).

Moc obowiązująca zarządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej stoi na równi z mocą obowiązującą ustaw Rzeszy. Mogą one zmieniać wszelkie ustawy, nie mogą jednak być same zmienione przez ustawę, lecz mogą być zniesione jedynie zarządzeniem Prezydenta Rzeszy (który obowiązany jest wydać takie zarządzenie na żądanie Reichstagu).

Zarządzenia Prezydenta Rzeszy mogą również pozostawać w sprzeczności z Konstytucją Rzeszy, a więc zawieszać jej postanowienia. Może to mieć bezwątpienia miejsce odnośnie do wymienionych wyraźnie artykułów Konstytucji o zasadniczych prawach obywateli, do artykułów Konstytucji, rozgraniczających kompetencje normotwórcze Reichstagu i Prezydenta Rzeszy, do artykułów Konstytucji, rozdzielających kompetencje Rzeszy i krajów. Ponadto w formie zarządzeń Prezydenta Rzeszy mogą być wydane wszelkie ustawy wykonawcze do Konstytucji, przez Konstytucję przewidziane. W ten sposób moc obowiązująca i wykonanie większej części Konstytucji Rzeszy uzależnione jest od swobodnego uznania Prezydenta Rzeszy.

Zarządzenia Prezydenta Rzeszy z art. 48, II. są wprawdzie w teorji prowizoryczne, to znaczy ich obowiązywanie jest ograniczone do czasu, jak długo trwa zakłócenie lub zagrożenie porządku i bezpieczeństwa — w praktyce jednak to czasowe ograniczenie nie znajduje w nich żadnego wyrazu: w swej formie i treści mogą się one niczem nie różnić od norm prawnych, których trwałość nie jest ograniczona czasowo.

Prezydent Rzeszy ocenia wedle swego swobodnego uznania, czy istnieją przesłanki do zarządzeń z art. 48, II., a więc czy istnieje zakłócenie, lub zagrożenie bezpieczeństwa i porządku publicznego, jakie zarządzenia są potrzebne dla odwrócenia tego stanu, w czyje ręce zostanie oddane wykonywanie tych zarządzeń, jak długo zarządzenia będą obowiązywać.

Granice kontroli sądowej, czy Prezydent skorzystał z przysługującego prawa i swobodnego uznania zgodnie z treścią i intencją art. 48, ust. II. są przez judykaturę sądową zakreślone dość szczupło. Sądy zwyczajne nie roszczą sobie praw do tej kontroli. Staatsgerichtshof nie zajął dotąd stanowiska, czy wolno mu badać czy istniały założenia do zastosowania art. 48, II., a pozytywnie stwier-

dził jedynie, że ma prawo badania, czy Prezydent Rzeszy nie wykorzystuje art. 48, ust. II. dla celów niezawartych w tym artykule, a więc nie dla utrzymania bezpieczeństwa i porządku, lub też, czy środki użyte przez Prezydenta nie wychodzą »oczywiście« poza cel przywrócenia bezpieczeństwa i porządku. Poza tymi dwoma punktami, a więc co do doboru potrzebnych środków sądy nie ograniczają swobodnego uznania Prezydenta Rzeszy.

Kontrola polityczna zarządzeń Prezydenta Rzeszy została przyznana tylko Reichstagowi, a nie przyznano jej czynnikom federalistycznym (Reichsratowi). Wykonywanie kontroli politycznej przez Reichstag jest jednak uzależnione od konkretnej sytuacji politycznej. Jeżeli przez dłuższy okres czasu istnieje taka sytuacja polityczna, że wykonywanie kontroli politycznej jest niemożliwe (Reichstag nie żąda uchylenia zarządzeń z art. 48, II., choć się z nimi nie zgadza — gdyż wie, że pociągnęłoby to za sobą ustąpienie rządu, a nie jest zdolny do utworzenia nowego rządu, albo Reichstag nie jest zdolny do pracy i nie funkcjonuje), to wtedy podobny stan faktyczny może wywołać pewne skutki ustrojowe.

III. Państwo autorytatywne.

Sądy i parlament zgłosiły swą neutralność. Sądy nie mogły — czy nie chciały — badać wszechstronnie założeń stosowania przez Prezydenta Rzeszy zarządzeń z art. 48, ust. II. Wolały pozostawić jaknajszerszą sferę działania swobodnemu uznaniu Prezydenta Rzeszy, podkreślając jedynie, że ma być ono »pflichtmässig«. Parlament i nie mógł i nie chciał ograniczać swobody Prezydenta — skoro sam ani nie mógł funkcjonować jako organ ustawodawczy, ani nie chciał brać na siebie odpowiedzialności za wiele koniecznych zarządzeń. Ciężar pracy legislacyjnej, ciężar odpowiedzialności, ale i ciężar inicjatywy przesuwał się ku Kancelarji Rzeszy. Tam w otoczeniu Prezydenta i wśród jego najbliższych doradców rodziła się nowa doktryna konstytucyjna. Złożyły się na nią różnorodne czynniki. Dawna tradycja Niemiec bismarckowskich, powracająca z Hindenburgiem, zawsze wysuwała egzekutywę i biurokrację przed legislatywę i parlamentaryzm. Obawa przed nowym, skrajnym nacjonalizmem kazała stronnictwom demokratycznym przenieść silne rządy Prezydenta, gwarantujące — do pewnego momentu — odsunięcie od władzy hitleryzmu, nad ewentualność rządów nacjona-

lizmu narodowo-socjalistycznego. Pewne młode elementy kombatancko-konserwatywne wkońcu wraz z pewnemi elementami nauki prawa konstytucyjnego dały konkretnej sytuacji politycznej i konkretnej praktyce ustrojowej podbudowę teoretyczną. W ten sposób — w związku i na tle stosowania ar. 48, ust. II. — powstało hasło »Reichspräsident ist Obrigkeit«, hasło państwa autorytatywnego, opartego na plebiscytarnie wyrażonej woli ludu, ale przeciwstawiającego się parlamentarnie wyrażonej woli ludu, nawiązującego do Niemiec fryderycjańskich, do »służby dla państwa«, a przeciwstawiającego się Niemcom frankfurckim 1848 r. i ich pogrobowemu dziecku, Niemcom weimarskim. Rozwój praktyki i teorji na tle art. 48, ust. II. był szykowaniem grobu tej Konstytucji, w której ten właśnie artykuł się mieścił.

Wieloznaczące, wielomowne pojęcie »Sicherheit und Ordnung« miało być prawniczem narzędziem tej ewolucji. Ono to ulegało stale i powoli największym zmianom, jego różnorodna interpretacja była tym elastycznym czynnikiem, który pozwolił w ramach jednej ustawy zasadniczej przejść od rządów socjalistycznych do rządów Hitlera, od Eberta do Hindenburga, od demokracji do oligarchji.

»Sicherheit und Ordnung«.

1) Punktem wyjścia jest indentyfikacja tych określeń z pojęciami znanymi oddawna prawu policyjnemu [1]. Pozostawały one wtedy w ramach zarządzeń zawartych w »stanie oblężenia« [2]. Rozmiar swobody przysługującej wtedy Prezydentowi Rzeszy był szczupły, zastosowanie art. 48, ust. II. nie było szerokie. Mogły niem być naruszone prawa zasadnicze, wymienione w art. 48, ust. II. zd. 2, ale pozatem nie pozostawiała taka interpretacja wiele miejsca działalności ustawodawczej ani też nie umożliwiała nie krępowania się poszczególnymi artykułami Konstytucji.

2) Okres inflacji, a potem po raz drugi okres kryzysu gospodarczego rozszerzył to pojęcie na »bezpieczeństwo i porządek gospodarczy« i dał szeroki zakres rozporządzeniom z mocą ustawy i zmieniającym ustawy w tych właśnie sprawach. »Gospodarczy

---

[1] Por. wyżej str. 300 n. Por. także Hatschek Deutsch. u Pr. Staatsrecht t. I., str. 172. »Es muss sich um eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung handeln. Diese beiden letzten Begriffe gehören als die bekannte Tatsachen dem Polizeirecht an«.

[2] Schmitt: Die Diktatur ztr. 171 nast.

stan wyjątkowy« był pierwszym terenem, na którym zaczęła się rozwijać dyktatura Prezydenta Rzeszy [1].

3) Niezdolność parlamentu do pracy była trzecim z kolei założeniem stosowania art. 48, ust. II. Jeśli zachodziła konieczność ustawowego uregulowania jakiejkolwiek sprawy, a parlament nie był — z powodu braku większości, z powodu odroczenia obrad czy jakichkolwiek przyczyn — zdolny do powzięcia uchwały, uciekano się do art. 48, ust. II. W tym punkcie i od tego punktu ujawniła się wyższość Prezydenta Rzeszy nad Reichstagiem. On to bowiem decydował, czy zachodzą przesłanki zastosowania art. 48, ust. II., a więc w danej konkretnej interpretacji decydował, czy Reichstag jest rzeczywiście niezdolny do uchwalenia tych przepisów, które on — Prezydent — za konieczne dla utrzymania »publicznego bezpieczeństwa i porządku« uważa [2].

4) Krok następny prowadził w kierunku rozluźnienia prawnych ram »Sicherheit und Ordnung« a więc ku przyjęciu, że »Sicherheit und Ordnung« to nietylko dobra przez prawo chronione, ale i inne dobra. O ile dotąd interpretacja szła w kierunku rozbudowy kompetencyj ustawodawczych Prezydenta Rzeszy — to moment ostatnio podniesiony ujmuje znów pewne polityczne elementy tego pojęcia. »Sicherheit und Ordnung« — to ogół tych pojęć — kulturalnych, obyczajowych, politycznych — które panują w danem społeczeństwie, w danym państwie i które — choć niechronione żądną zindywidualizowaną normą prawną — chronione są przez porządek prawny jako całość, chronione są dlatego,

---

[1] Por. Anschütz w komentarzu do Konstytucji, w wydaniu z r. 1926 uw. 8 do art. 48 »Die Staatspraxis hat die Besimmungen des Art. 48 über die Voraussetzung der Diktatur bis vor kurzen ausserordentlich weit ausgelegt und eine »erhebliche Störung der öff. Sicherheit und Ordnung« insbesondere auch dann angenommen, wenn wirtschaftliche Bedürfnisse irgendwelcher Art Zwangsmassregeln, deren Anordnung nur der gesetzgebenden, nicht der vollziehenden Gewalt gestattet ist, als im öffentlichen Interesse erwünscht ercheinen liessen« (ustęp ten znajduje się bez zmiany i w wydaniu III., z r. 1930, str. 248) Schmitt: »Der Hüter der Verfassung« str. 119. »Die Voraussetzung der ausserordentlichen Befugnisse (Notstand, erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) kann in einer wirtschaftlichen und finanziellen Notlage oder in einer aus wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnissen entstehenden Gefahr begründet sein; der zunächst nur wirtschaftliche und finanzielle Charakter des Ausgangssituation schliesst die Anwendung der ausserordentlichen Befugnisse nicht aus«.

[2] Patrz aneks 4.

że one stanowią o istocie i charakterze danego społeczeństwa i danego państwa [1].

To jest punkt następny w rozwoju suwerenności Prezydenta Rzeszy. W punkcie poprzednim przyznano mu prawo suwerennego (bo opartego na swobodnem uznaniu) decydowania, czy parlament jest w stanie, czy też nie jest w stanie funkcjonować. W punkcie tym przyznano mu z kolei prawo suwerennego (bo na swobodnem uznaniu opartego) decydowania, jaką jest treść tych zasad kulturalno-religijno-obyczajowo-politycznych, które stanowią o istocie danego społeczeństwa i dlatego są chronione przez porządek prawny jako całość.

5) Słowo »zasady« stanowi łącznik z dalszym punktem rozwoju. Nawiązanie do francuskiej konstrukcji »actes de gouvernement« było tu może pewną pomocą — wszak doktryna niemiecka skłonna jest do wyciągania z pewnych konstrukcyj ostatecznych konsekwencyj praktycznych, o których twórcy tych konstrukcyj nigdyby nie pomyśleli. Wszak niektóre określenia »actes de gouvernement« podkreślały ich pozaprawny »społeczny« charakter [2]. »Społeczeństwo samo w sobie« zaś — to zasady w przeciwstawieniu do poszczególnych przepisów. Obrona »zasad« — to będzie wedle dalszego rozwoju doktryny istotne zadanie art. 48, ust. II.

Najgorliwszy — a po Schmittcie najwpływowszy twórca doktryny naukowej w sprawie tego artykułu, Richard Grau ujmie tę unkcję następująco: »Bezpieczeństwo i porządek muszą być w art. 48 rozumiane jako sposób określenia zasad życia państwowego i społecznego, tak jak odgrywa się ono w ramach socjalnych warunków i sił natury« [3]. Zasady życia państwowego a więc zasady — nie poszczególne przepisy — Konstytucji. »Komisaryczna dykta-

---

[1] »Unter den Begriff der öff. Sicherheit fallen insbesondere alle durch Rechtsnormen geschützten Lebensgüter (Rechtsgüter), während unter öffentlicher Ordnung der nicht durch Rechtsnormen geschützte Zustand des Gemeinschaftslebens zu verstehen ist, der im Volke herrschenden sittlichen und sozialen Anschauungen entspricht«. Dr Kurt Häntzschel: »Verordnung gegen politische Ausschreitungen« str. 27.

[2] Ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose l'auteur. L'acte qui a pour but la defense de la societe prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis interieurs ou exterieurs, avoues ou caches, presents ou à venir, voila l'acte de gouverement. Dufour cytowany przez Schmitta »Der Begriff des Politischen« str. 10 — i właśnie dlatego, że cytowany — charakterystyczny.

[3] Hdwört. B. d. d. St. R. II. str. 278.

tura Prezydenta Rzeszy służy wedle art. 48 dla ochrony i obrony publicznego bezpieczeństwa i porządku, to jest dla obrony istniejącej Konstytucji. Ochrona Konstytucji a ochrona każdego pojedynczego postanowienia Konstytucji to nie jest to samo — jak również nie jest tem samem nietykalność Konstytucji i nietykalność każdego poszczególnego postanowienia Konstytucji. Gdyby każde poszczególne postanowienie Konstytucji było »nietykalne« także wobec kompetencyj wyjątkowych — to w rezultacie poświęconoby ochronę Konstytucji w znaczeniu pozytywnem i istotnem ochronie Konstytucji w znaczeniu formalnem i relatywnem«[1]. A więc Prezydent — stróż Konstytucji jako całości i dlatego nieskrępowany poszczególnymi przepisami Konstytucji. Narzędziem zaś, umożliwiającem funkcję stróża tak rozumianej Konstytucji — art. 48, ust. II.

Stróż Konstytucji[2].

I oto znowu ewolucja tego pojęcia, spotykanego już od początku istnienia Konstytucji weimarskiej postępuje powoli, staje się coraz szersza, »strzeżenie Konstytucji« ma coraz szersze znaczenie i coraz większy zakres. Już w czasie tworzenia Konstytucji przyznawano Prezydentowi rolę, po części zbliżoną. On to miał być »pewnem centrum, spokojnym biegunem w Konstytucji«[3] i właśnie w demokracji był taki jego charakter konieczny: »Czem więcej będziecie mieli współdziałających z sobą kollegjów, czem więcej masowych głosowań przez referenda, Reichsratu, rad robotniczych i t. d. tem większą będzie potrzeba, by obok tego wszystkiego mieć punkt stały, w którym — przynajmniej w samem pojęciu — będą się zbiegały wszelkie nici«[3]. Te poglądy twórców Konstytucji, zgodne z doktryną o Głowie Państwa jako »pouvoir neutre« uzgadniającej i łączącej w sobie wszelkie władze, szybko wchodziły w praktykę Prezydenta Rzeszy. Już Ebert w konflikcie z rządem bawarskim ujmował tak swoje stanowisko pisząc (27 lipca 1922): »Z funkcji mej jako stróża Konstytucji Rzeszy i myśli państwowej Rzeszy rodzi się mój obowiązek, by po myśli art. 48 Kon-

---

[1] Schmitt: Verfassungslehre str. 112. Por. aneks 5.

[2] P. głównie Carl Schmitt: Der Hüter der Verfassung, zwłaszcza str. 132 n. Por. także Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein. Berlin 1931 W. Rothschild.

[3] Preuss w Zgromadzeniu Narodowem (protokoły str. 277):

stytucji wpłynąć na uchylenie bawarskich rozporządzeń«[1]. Gdy zaś Prezydent Trybunału Rzeszy i Trybunału Państwa Simons w konflikcie swym (w 1928 r.) z rządem Rzeszy odwołał się do Prezydenta Rzeszy, uzasadniał to swe stanowisko — na żadnym proceduralnym przepisie nieoparte — w następujących słowach: »Stanowisko Prezydenta Rzeszy nie jest bynajmniej w Konstytucji tak ciasno i ostro określone, by jakaś norma prawna zakazywała mu podjąć się proponowanej roli pośrednika (sc. między Prezydentem Trybunału a rządem Rzeszy); wprost przeciwnie, wobec treści art. 42 i 48 Konstytucji Rzeszy, wedle których Prezydent Rzeszy jest najwyższym stróżem jej prawa i jej konstytucji — rola taka odpowiadałaby celowi i istocie jego stanowiska jako organu państwa«[2].

Rozwój polityczny przynosił dalsze jeszcze uzasadnienie tego stanowiska. Parlament stawał się niezdolnym do działania — spowodu rozproszkowania politycznego, a przedewszystkiem z tego powodu, że coraz bardziej niemożliwem było utworzenie w nim większości bez współudziału w tej większości stronnictw odrzucających Konstytucję Weimarską — a do stronnictw tych obok narodowych socjalistów i komunistów zaliczyć się musi także i Niemiecko-Narodowych Hugenberga. — Republika weimarska wchodziła w stan permanentnego zagrożenia bezpieczeństwa i porządku, a zagrożenie to wychodziło od jednego z naczelnych organów państwowych. Bronić Konstytucji można było tylko permanentnym stanem wyjątkowym, permanentnem jej zawieszaniem. Jedynym, który do takiej obrony był uprawniony, mógł być tylko Prezydent Rzeszy. Oto geneza jego stanowiska jako »stróża Konstytucji« — Konstytucji jako pewnej naczelnej zasady, a nie poszczególnych paragrafów ustawy Konstytucyjnej, stanowiska, które ze »stróża Konstytucji« wbrew jej poszczególnym paragrafom przeobrazi się w stanowisko stróża państwa wbrew Konstytucji, a przy pomocy jedynego jej przepisu: art. 48, ust. II.

K o n s t y t u c j a, a n i e j e j a r t y k u ł y. Rozróżnienie to, stworzone i rozwinięte przedewszystkiem przez Carola Schmitta, stało się podstawą doktryny podtrzymującej praktyką prezydjalną. »Prawo do akcyj w stanie wyższej konieczności (Notstandsaktion) płynie

[1] Schmitt: Der Hüter der Verfassung str. 140.
[2] We wstępie do II. tomu wydanego przez niego i Lammersa: »Die Rechtssprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich«.

z obowiązku wierności wobec Konstytucji jako całości. Akcja w stanie wyższej konieczności różni się swą konstytucyjną intencją od złamania Konstytucji a zwłaszcza od zamachu stanu«[1]. Tymi słowy i określano równocześnie funkcję Prezydenta jako stróża Konstytucji i ułatwiano sobie przejście do teorji »o Staatsnotrecht«. Norma art. 48, ust. II. jest normą stanu wyjątkowego a nie normalnego i dlatego stoi ponad innemi normami. »Przez nią ujawnia się poprzez wszystkie normatywistyczne fikcje i zaćmienia prosta prawnicza prawda, iż normy obowiązują tylko dla sytuacyj normalnych, że normalność sytuacji jako założenie jest pozytywno-prawną częścią składową ich »obowiązywania«[2].

Dyktator. Prezydent jest tedy dyktatorem. Natura dyktatury polega na tem, że »dla uzyskania pewnego rezultatu (w danym wypadku umożliwienia utrzymania Konstytucji, lub dla powrotu do normalnego funkcjonowania aparatu konstytucyjnego)[3] odpadają w konkretnej sytuacji prawne szranki i przeszkody, które w danej sytuacji stanowią przeszkodę w osiągnięciu rezultatu«[4]. Ale w początkowych fazach rozwoju jego dyktatura jest skrępowana kontrolą Reichstagu. Nie on — lecz Reichstag decyduje ostatecznie, czy zaistniały rzeczywiście warunki dla zastosowania art. 48, ust. II. Nie on — lecz Reichstag decyduje ostatecznie o politycznych założeniach stanu wyjątkowego. Swobodne uznanie Prezydenta, niepodlegające kontroli sądowej, podlega jednak wedle istotnej treści art. 48, ust. III., a także wedle praktyki początkowych lat republiki kontroli politycznej parlamentu. W miarę, jak ta kontrola słabnie, dyktatura komisaryczna[5], to jest w ramach Konstytucji i w obronie Konstytucji rośnie coraz bardziej w dyktaturę suwerenną.

»Suwerenem jest ten, kto rozstrzyga o stanie wyjątkowym... Idzie o to, kto rozstrzyga w wypadku konfliktu, na czem polega publiczny i państwowy interes, publiczne bezpieczeństwo i porządek, le salut public i t. d. Wyjątkowy wypadek, wypadek nieokreślony w obowiązującym porządku prawnym może być conajwyżej

---

[1] Johannes Heckel: Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht. Arch. d. öff. Rechts 22 Band 1932, str. 315.

[2] Carl Schmitt: Legalität und Legitimität str. 71 n.

[3] Zdanie w nawiasie podane przezemnie.

[4] Schmitt: Die Diktatur str. 135.

[5] Patrz aneks 6. »Komisaryczna i suwerenna dyktatura«.

zaznaczony jako wypadek ostatecznej potrzeby, zagrożenie egzystencji państwa lub coś podobnego, ale nigdy nie może być opisany jako pewne stany faktyczne. Ten wypadek dopiero czyni aktualnem pytanie co do podmiotu suwerenności wogóle. Ani nie można z jasnością dającą się następnie użyć do podsumowywania pewnych wypadków określić kiedy zachodzi wyjątkowy wypadek, ani nie można dokładnie co do treści określić, co w takim wypadku może się stać — jeśli idzie rzeczywiście o wyjątkowy wypadek i o jego usunięcie. Zarówno założenie kompetencji, jak i jej treść, są tu z konieczności nieograniczone. Konstytucja może co najwyżej postanowić, kto ma działać w takim wypadku. Jeśli działanie takie nie jest poddane żadnej kontroli, jeśli (jak to jest w praktyce konstytucyj państwa prawnego) nie jest ono rozłożone na różne, wzajemnie się hamujące i równoważące instancje — to jasnem jest, kto jest suwerenem. On decyduje zarówno o tem, czy zachodzi ostateczny wyjątkowy wypadek jak i o tem, co się ma stać aby go usunąć. On stoi poza normalnie obowiązującym porządkiem prawnym a mimo to wchodzi w jego obręb, gdyż do jego właściwości należy orzeczenie, czy Konstytucja ma być w całości zawieszona. Wszystkie tendencje współczesnego rozwoju ku państwu prawnemu idą w tym kierunku, by suwerena (w tem znaczeniu) usunąć«. Te słowa Carola Schmitta, jeszcze z r. 1922 pochodzące [1], są jakby krótką, skondensowaną zapowiedzią konstytucyjnego rozwoju, przez jaki miały przejść Niemcy od Eberta przez Hindenburga do Hitlera, od stanu oblężenia przez dyktaturę komisaryczną do dyktatury suwerennej, od obrony konstytucji jako szeregu pozytywnych norm prawnych przez obronę ogólnych zasad konstytucji do obrony państwa wbrew i na gruzach Konstytucji, do »Staatsnotrecht«.

»Staatsnotrecht«. Doszły nas już pierwsze odgłosy tego pojęcia. Wszak Ebert określał się jako stróża nietylko Konstytucji ale i »myśli państwowej« czy też »istnienia Rzeszy«: »des Reichsgedankens«. Już u Heckela padało słowo »Notstandsaktion«. Rozlegało się też coraz silniej, w pewnym momencie, w ostatnich tygodniach gabinetu Schleichera [2], niemal nie stało się oficjalną teorją

---

[1] Politische Theologie str. 9 nast.

[2] P. przedewszystkiem Koellreuter (w Deutsche Jur. Zeitung 1932 str. 40 nast.) Martin Merk (Das Naturrecht des Staates — Der Ring 1932 Heft 43). Siegert (Leipziger Zeitschrift 1932 nr. 14).

kancelarji prezydjalnej i posłużyło za ostateczne podmurowanie zarówno tezy »Der Reichspräsident ist Obrigkeit« jak i obecnej, prowizorycznej konstytucji Niemiec Hitlerowskich — ustawy »zur Behebung der Not von Volk und Reich«.

»Stan konieczności państwowej polega na tem, że poza przepisami Konstytucji lub wbrew jej przepisom w wypadkach ostatecznych i nieprzewidzianych jakikolwiek organ państwowy, który ma siłę potrzebną do działania występuje w tym celu aby uratować państwo i uczynić to, czego wymaga położenie«[1]. Pojęcie znane nietylko nauce niemieckiej, ale i francuskiej[2], które jednak w tem zastosowaniu jakie mu usiłowano nadać, kontynuując dalej rozwój praktyki prezydjalnej z art. 48, ust. II. Konstytucji, wykazuje dwie odrębności. Pierwszą jest ten fakt, że zwyczajnie przez »Staatsnotrecht« czy »droit de necessité« rozumiano takie działanie władzy państwowej, które coprawda nie pokrywało się z przepisami ustaw i nie podlegało kontroli sądów, ale natomiast podlegało kontroli politycznej parlamentu. W Niemczech natomiast miało to być działanie niepodlegające kontroli parlamentu, a nawet nieraz skierowane wbrew parlamentowi. »Staatsnotrecht« miało np. uzasadniać rozwiązanie Reichstagu bez rozpisania nowych wyborów, lub odroczenie Reichstagu przez Prezydenta (a więc wbrew art. 24 Konstytucji). Powtóre »Staatsnotrecht« miało przysługiwać nie któremukolwiek organowi państwowemu, ale specjalnie i wyraźnie Prezydentowi. Ono to miało ukoronować powrotny rozwój od państwa ludowego do państwa zwierzchniczego, ono miało być najpełniejszym wyrazem stanowiska Prezydenta Rzeszy jako zwierzchnika.

»Prezydent Rzeszy jest zwierzchnikiem«[3].

Konstytucja weimarska miała trzy różne legitymizmy, trzy różne uzasadnienia organizacji państwa. Pierwsze — znachodzące swój wyraz w organizacji Reichstagu — to był legitymizm parlamentaryzmu. Był to legitymizm wiary w wybory, jako najlepszy sposób selekcji elity, w dyskusję i kompromis parlamentarny jako najlepszy sposób znalezienia »prawdy« to jest »słusznej« objektyw-

---

[1] Carl Schmitt: w »Veröffentlichungen« I, str. 83.

[2] Hauriou »Precis de droit const.« str. 499.

[3] Horst Michael und Carl Lohmann »Der Reichspräsident ist Obrigkeit«. Hamburg 1932.

nej normy prawnej. Ten legitymizm załamał się z chwilą, gdy parlament okazał się niezdolny do pracy, gdy funkcjonowanie jego stało się uzależnionem od woli stronnictw antiparlamentarnych i antikonstytucyjnych. Wtedy wystąpił na plan pierwszy czynnik drugi: Prezydent Rzeszy. Legitymizm jego nie opierał ani na prawie »własnem« ani na prawie bożem. Legitymizm Prezydenta Rzeszy opierał się na czynniku plebiscytarnym. Na fakcie, że był on wybrańcem »Ludu« jako całości. Jego siła w walce z parlamentem polegała właśnie na podkreślaniu tego momentu, na podkreślaniu jego »ponadpartyjności« to jest na przeciwstawieniu go członkom parlamentu — wybrańcom tylko partyj i tylko pewnych okręgów wyborczych, a więc wybrańcom terytorjalnie i partyjnie ograniczonej części Ludu. W ten sposób legitymizm prezydjalny od początku przeciwstawiał się legitymizmowi parlamentarnemu, a wiązał się z legitymizmem trzecim, z legitymizmem »Ludu« działającego bezpośrednio.

Ten trzeci był nadrzędny w teorji, z istoty rzeczy powinien był być nadrzędnym [1]. Tak jednak nie było w praktyce. W praktyce »Lud« był dotknięty tem samem rozproszkowaniem, tą samą niezdolnością wyłonienia woli państwowej, co i parlament. »Lud i jego reprezentacja są niezdolne do rzeczywistego wytworzenia woli w sensie Konstytucji: nigdy jeszcze zasada samorządzenia się Ludu nie okazała się w wątpliwszem świetle« [2]. »Konstytucja redukowała się stopniowo do przepisów o pełnomocnictwach Prezydenta« [2].

»Lud« był bezsilny i przeciwstawienie władzy i parlamentu w pewnym stopniu ujawniało się także jako przeciwstawienie władzy — choć szukającej plebiscytarnej legitymacji — i Ludu. »Zasadą państwową niemieckości jest (odkąd elementarne związkowe formy wczesnej epoki stały się niemożliwe i wytworzyły się specyficzne formy polityczne) przeciwstawienie władzy i Ludu. Rewolucja francuska była przełamaniem tego przeciwstawienia przez nacjonalną demokrację: naród jest identyfikacją władzy i ludu, tak jak — wedle znanej definicji Carola Schmitta — demokracja jest identycznością rządu i rządzących. W Niemczech identyfikacja władzy i ludu nie jest możliwa. Po pierwsze: dlatego, że lud nie jest

---

[1] Schmitt: Legalität und Legitimität str. 64 nast.
[2] Carl Lohmann: Der Reichspräsident ist Obrigkeit str. 14.

zdolny do zrelatywizowania tkwiących w nim przeciwieństw i do wytworzenia w ten sposób egalitaryzmu i homogeniczności na wzór francuski, które wszak są założeniem tworzenia władzy od dołu. Ponadto dlatego, że piastunowie kierowniczych urzędów państwowych, choćby byli powołani do władzy przy pomocy metod plebiscytarnych, nie chcą działać jako wyłącznie funkcjonarjusze i eksponenci »volonté générale« lecz dążą do niezależnego kierownictwa państwem« [1]. W tych słowach młodego uczonego, związanego z autorytatywnym nacjonalizmem dzisiejszych Niemiec tkwi wyjaśnienie związku elementów plebiscytarnych z tem, co Niemcy nazywają »Führertum« — a ten związek właśnie, to obecna niemiecka »Demokracja autorytatywna«.

Demokracja autorytatywna.

W masowym ruchu hitleryzmu, w związkach militarnych, w związkach młodzieży (»Bünde«) rosły te pojęcia, które się złożyły na doktrynę polityczną współczesnych Niemiec. »Trzeci humanizm« wraz ze wszystkimi swymi odgałęzieniami, ze szkołą Stefana George w pierwszym może rzędzie dał teoretyczno estetyczne podstawy doktrynie. Zdobyła ona społeczeństwo, nim się ujawniła w państwie i nim zdobyła państwo. »Naszem zadaniem jest — ujmuje swe hasła [2] — stworzenie demokracji nieegalitarnej. Nieegalitarnej w uwzględnieniu świadomości osobowości, ale przecież nie z pogwałceniem kollektywnych punktów widzenia... Dyfferencją w nieegalitarnej demokracji jest przywództwo (Führertum«), któremu prawa przyznawane są o tyle, o ile pracuje nie dla siebie, lecz dla całości. Tu leży sens tego, co przyzwyczajono się nazywać autorytatywną demokracją. Autorytatywny — nie znaczy feudalistyczny ani oligarchiczny, ani nawet personalistyczny, lecz znaczy demokratyczno-kollektywny... Politycznym przywódcą zaś nazywa się ten, kto przejął w siebie wszelkie żądania narodu, wszystkie jego życzenia, wszystkie jego tęsknoty, jego życie, nawet wszystkie jego interesy, aby je ponownie odzwierciedlić na wyższej płaszczyźnie, na której interes ludu łączy się z interesem państwa i z ko-

---

[1] Ernest Rudolf Huber w »Deutsches Volkstum« (Juli 1922).

[2] Adolf Grabowsky: »Das demokratische Regiment und die Gegenwart«, Zeitschrift für Politik Dezember 1932 Heft. 9, patrz także: Ernst Rudolf Huber »Reichsgewalt und Staatsgerichtshof«, Otto Kollreuter »Der nationale Rechtsstaat. Zum Wandel der deutschen Staatsidee«.

niecznościami państwowymi. Kto jest przywódcą w tem znaczeniu, będzie zawsze działał kolektywnie«. W tych pełnych mistycyzmu słowach widoczną jest droga, jaką przebyła prawno-polityczna myśl niemiecka od demokracji weimarskiej przez plebiscytarne oparcie instytucji Prezydenta ku postawieniu Prezydenta nad Konstytucję i nad Lud, by dojść obecnie do przekształcenia autorytetu jednostki jako reprezentanta pewnej instytucji konstytucyjnej (władzy prezydjalnej) w mistyczny autorytet »wodza« zależnego w swej genezie od plebiscytu ale niezależnego od nikogo w swej działalności. Przebytą została droga od instytucjonalizmu do charismy [1].

IV. Dyktatura Adolfa Hitlera.

Karta konstytucyjna Niemiec Hitlerowskich, ostatni punkt w tym rozwoju, zawiera w sobie cały ten dorobek doktryny konstytucyjnej i politycznej, jaki wytworzył się około praktyki konstytucyjnej art. 48, ust. II. Artykuł ten przestał dziś odgrywać znaczenie: rząd nie potrzebuje pełnomocnictw Prezydenta, skoro sam ma obszerniejsze, mniej wątpliwe, sądowemu badaniu w zupełności nie podlegające. Niemniej rezultat walk o ten artykuł, rezultat praktyki i doktryny, który on wytworzył odbił się w ustawie »ku usunięciu niedoli Ludu i Rzeszy« [2]. Pełny tekst tej ustawy — z dnia 24 marca 1933 brzmi jak następuje:

»Der Reichstag hat das folgende Gesetz beschlossen, das mit Zustimmung des Reichsrats hiermit verkündet wird, nachdem festgestellt ist, daß die Erfordernisse verfassungsändernder Gefetzgebung erfüllt find.

Artikel 1.

Reichsgesetze können, ausser in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsre-

---

[1] Patrz aneks 7.

[2] Z dotychczasowej literatury o ustawie tej zasługują na uwagę: Carl Schmitt: Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Deutsch. Jur-Zeit. 1933 Heft 7), Otto Kollreuter: »Der nationale Rechtsstaat« (Deutsch. Jur. Zeitung 1933 Heft 8), dr. Franz Albrecht Medicus: Programm der Reichregierung und Ermächtigungsgesetz (Das Recht der nationalen Revolution Helft I).

gierung beschlossen werden. Das gilt auch für die in Artikel 85, Absatz 2 und Artikel 87 der Reichsverfassung bezeichneten Gesetze.

Artikel 2.

Die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstages und des Reichsrates als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt.

Artikel 3.

Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze werden vom Reichskanzler ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. Sie treten, soweit sie nichts anderes bestimmen, mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in Kraft. Die Artikel 68—77 der Reichsverfassung finden auf die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze keine Anwendung.

Artikel 4.

Verträge des Reiches mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, bedürfen für die Dauer der Geltung dieses Gesetzes nicht der Zustimmung der an der Gesetzgebung beteiligten Körperschaften. Die Reichsregierung erlässt die zur Durchführung dieser Verträge erforderlichen Vorschriften.

Artikel 5.

Dieses Gesetz tritt mit dem Tage seiner Verkündung in Kraft. Es tritt mit dem 1. April 1937 ausser Kraft. Es tritt ferner ausser Kraft, wenn die gegenwärtige Reichsregierung durch eine andere abgelöst wird«.

Ustawa jest pełnomocnictwem generalnem dla rządu, a właściwie dla jego Kanclerza. Dlaczego dla Kanclerza a nie dla Prezydenta? Rozwój wypadków i tu znalazł swój logiczny wyraz. Prezydent był autorytetem, opartym na plebiscytarnej legitymacji, tak długo, jak długo on jeden był na tej legitymacji oparty. Ale oto przyszedł ktoś drugi i powiedział: ja mam za sobą większość wy-

borców, ja osobiście, a nie jakaś partja, a nie jakiś program, ja jako »wódz«. Naprzeciw plebiscytarnego autorytetu Prezydenta stanął plebiscytarny autorytet Adolfa Hitlera. Naprzeciw dyktatury z mocy Konstytucji stanęła dyktatura »rewolucji narodowej«. Legitymizm jednego i drugiego czynnika wywodził się z tej samej zasady, oba były sobie równe. I wtedy ten pierwszy — prezydjalny — wrócił do roli, która wynika z charakteru jego instytucji, do roli »pouvoir neutre«.

1) Element charismatyczny, stosunek do »wodza« znalazł wyraz w przepisie, iż ustawa przestaje obowiązywać, o ileby obecny rząd Rzeszy został zmieniony. Co znaczy prawniczo: obecny rząd Rzeszy? Odpowiedź, której pośredniego argumentu dostarcza art. 3 ustawy, o promulgacji ustaw przez kanclerza, brzmi: przedewszystkiem Adolf Hitler [1].

Charisma kanclerza dyktatora, w genezie swej plebiscytarna, jest jednak w swej działalności autorytatywna. Usunięto zależność kanclerza i wydawanych przez jego rząd ustaw od ludu. Do ustaw tych nie stosują się art. 68—77 Konstytucji, a więc nie mogą być one uchylone przez referendum ludowe. Ewolucja wyzwalająca Prezydenta zarówno od parlamentu, jak i od mocodawcy-ludu, znalazła tu pełny wyraz.

2) Teorja mówiąca o »Staatsnotstand« znalazła swój wyraz

---

[1] Tak stanowczo Koellreuter o. c. Podobnie Medicus o. c. str. 19: »Die Reichsregierungen werden in der Staatspraxis nach dem Regierungsschef benannt«. Schmitt szuka szerszego określenia »Hier zunächst ist die politische Führung durch den Reichskanzler das entscheidende Merkmal. Die gegenwärtige Regierung wird durch ihren Führer wesentlich bestimmt. Sie ist allerdings ausserdem durch eine Reihe anderer Merkmale gekennzeichnet: das Vertrauen des Reichspräsidenten, die Beteiligung von Männern, die in dem plebiscitären Vertrauensvotum des 5 März mit eingeschlagen waren, und die Mitarbeit von Fachministern (Reichsfinanzministerium und Reichswehrministerium), deren Ersetzung durch einige Parteileute den politischen Charakter der gegenwärtigen Reichsregierung verändern würde. Wie weit neben der Ablösung des politischen Führers eine Änderung dieser Bestandteile der gegenwartigen Reichsregierung ihre Identität berührt, oder gar aufhebt, ist eine politische Frage, die sich nicht voraus und unabhänging von der Situation beantworten lässt«. Ewolucja poszła stanowczo w kierunku przyjętym przez Roellrendera i Medicusa zaznaczonym w pierwszym zdaniu opinji Schmitta. Przykładem — utrzymanie pełnomocnictw mimo ustąpienia Hugenberga z rządu.

zarówno w tytule ustawy, mówiący o »Not von Volk und Reich«[1], oraz w przepisie, że ustawy uchwalone przez rząd mogą odbiegać od przepisów Konstytucji. Tak jak w stanie konieczności — może egzekutywa, nieskrępowana niczem, ani Konstytucją, ani ustawą, działać swobodnie. Nigdy jeszcze żaden dyktator nie zyskał w drodze legalnej tak szerokich kompetencyj i na tak długi okres czasu.

3) Ale z teorją mówiącą o »Notstand« połączono teorję o przełamywaniu poszczególnych przepisów Konstytucji poto, by ocalić od niebezpieczeństwa jej naczelne zasady, oraz o »minimum organizacyjnem«, które nie może być naruszone przez dyktatora. Minimum to określono w ustawie w art. 2. Rząd nie może w wydawanych przez siebie ustawach znieść Reichstagu, jako takiego, Reichsratu jako takiego, oraz nie może ograniczać praw Prezydenta.

Odnośnie do Reichstagu i Reichsratu stworzono w ten sposób nową gwarancję instytucjonalną. Nie objęto nią jednak poszczególnych kompetencyj konstytucyjnych Reichstagu z wyjątkiem jego kompetencji ustawodawczej. Dopuszczalne są tedy, w formie ustaw wydawanych przez rząd, nawet daleko posunięte zmiany prawa wyborczego, a jedynie Reichstag musi pozostać reprezentacją narodu i ciałem ustawodawczem. Podobnie dopuszczalne są wszelkie zmiany w organizacji Reichsratu, byle tylko nie uchyliły one zasady, iż Reichsrat jest reprezentacją krajów współdziałającą w zakresie ustawodastwa i administracji Rzeszy. Zagwarantowano w ten sposób »minimum parlamentaryzmu« i »minimum federalizmu«.

Odnośnie do Prezydenta Rzeszy rzecz ma się inaczej. Ustawa nie mówi o »Prezydencie jako takim« a więc o instytucji Prezydenta, lecz o »prawach Prezydenta«. Rząd nie może więc wydać ustawy, któraby uszczuplała którekolwiek z praw Prezydenta (z wyjątkiem praw z art. 70, 73, które już w samej ustawie zostały uszczuplone).

V. Koniec Weimaru.

Konstytucja weimarska związana była od pierwszej chwili swego zaistnienia z katastrofą wojenną. To samo Zgromadzenie

[1] Określenie »Not vom Volk und Reich« w związku z nadzwyczajnemi pełnomocnictwami ustawodawczymi dla rządu zjawia się już wcześnie. P. ustawę z 8 grudnia 1923 RGBL. I, s. 1179, która zawiera upoważnienie dla rządu »Die Massnahmen zu treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtet«.

Narodowe, które ją uchwaliło ratyfikować, miało niedługo potem przyjąć traktat wersalski. Tak więc od początku była dzieckiem klęski i — dla powszechnej opinji Niemiec — dzieckiem zawodu. Wierzono bowiem i sądzono, że demokratyczne Niemcy, że ludowa konstytuanta uzyskają inne warunki pokoju, że zostaną przyjęte do społeczności narodów nie jako spadkobierca cesarstwa bismarckowskiego, ale jako syn duchowy tradycyj tego Weimaru, gdzie konstytucję uchwalono.

Nadarmo usiłowano te elementy jej genezy usunąć na drugi plan. Nadarmo nawiązywano do frankfurckich wspomnień 1848 r. »Ressentiment« tych ludzi, którzy się załamali w listopadzie 1918 r., widział w dziele Weimaru tylko dzieło własnego załamania się. Psychologiczne podstawy akceptacji konstytucji od początku były wątłe.

Konstytucja weimarska dała szeroko rozbudowaną demokrację o trzech punktach centralnych: reprezentacyjnym parlamencie, plebiscytarnym prezydencie i decydującym ostatecznie ludzie. Dała taką demokrację społeczeństwu bez demokratycznych tradycyj, z federalistycznymi konfliktami, bez gospodarczej i socjalnej równowagi.

Od początku, od pierwszych chwili swego istnienia Konstytucja weimarska była podważana ze wszystkich stron. Podważali ją nacjonaliści prawicowi, podważali ją komuniści, podważali ją federaliści, podważali ją coraz energiczniej i coraz silniej narodowi socjaliści.

Art. 48 Konstytucji utrzymywał demokrację weimarską dłużej, niżby się utrzymała bez jego pomocy. Utrzymywał ją tak długo, jak długo rząd powoływany przez Prezydenta Rzeszy stał na stanowisku Weimaru. Ale gdy raz rozbudowano praktykę z art. 48, nie można było cofnąć rozwoju. Gdy zaś przyszedł do władzy z woli Prezydenta rząd, nie stojący na stanowisku Weimaru, rząd autorytatywny nie tylko z formy i konieczności, ale z treści i z idei — art. 48 stał się narzędziem dla końca Weimaru.

Niemcy przestały być republiką demokratyczną, liberalną i parlamentarną. Republika demokratyczna i parlamentarna utworzyła narzędzie, które ją zabiło. Życie okazało się silniejsze od norm prawnych. Prawniczo interesującym jest nietyle ten fakt, ile fakt, jak życie umiało nagiąć interpretację norm prawnych do swoich potrzeb, jak rozwój i wysubtelnienie nauki prawa uczyniło zbytecznem uciekanie się do rewolucyjnej formy, skoro można było ubrać rewolucyjną treść w formę legalną.

Aneks I.

Carl Schmitt.

Nazwisko Karola Schmitta powraca niesłychanie często na kartach tego szkicu z dwóch przyczyn: Schmitt wprowadził do nauki prawa konstytucyjnego pewne nowe metody, na których w znacznym stopniu oparta jest i ta praca; Schmitt stał się w znacznym, z pewnością w najznaczniejszym stopniu twórcą tej doktryny i praktyki konstytucyjnej, która zatryumfowała w życiu państwowem Niemiec.

Metoda Karola Schmitta znachodzi wyraz w następujących przedewszystkiem cechach:

Związek między analizą faktycznych stosunków politycznych i panujących poglądów politycznych (»die geistesgeschichtliche Lage«) a prawem konstytucyjnem wysuwany jest na plan pierwszy. Prawo konstytucyjne ujmowane jest jako wyraz i funkcja pewnej konkretnej sytuacji danej epoki. Typowymi przykładami tej metody: »Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus«, »Die Diktatur«, »Der Hüter der Verfasung«, »Legalität und Legitimität«.

Konstytucjonalizm współczesny traktowany jest przedewszystkiem jako rezultat pewnej skończonej już epoki historycznej, epoki wielkości burżuazji w XIX w. Konstytucjonalizm ten polega na rozróżnieniu dwóch głównych części składowych: prawno-państwowej (ograniczenie państwa przez podział władz, pojęcie ustawy, prawa zasadnicze) oraz politycznej, znajdującej wyraz w suwerenności ludu. Analizie tak pojętej konstytucji poświęcona jest przedewszystkiem »Verfassungslehre«.

Pojęcia prawno konstytucyjne nie są jednoznaczne, lecz są wieloznaczne. Jednem z zadań nauki prawa konstytucyjnego jest precyzowanie różnych znaczeń tego samego pojęcia. Świetnymi przykładami są tu: analiza pojęcia Konstytucji w »Verfassungslehre« analiza pojęcia »organiczny« w broszurze »Hugo Preuss«.

Wpływ Schmitta na praktykę konstytucyjną w Niemczech oparł się na dwóch głównie kwestjach. Pierwszą była przeprowadzona przez niego krytyka współczesnego parlamentaryzmu (w »Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus«) wraz z tezą, iż ewolucja stosunków ustrojowych idzie od pracy metodą dyskusji (parlamentaryzm) do decyzjonizmu (dyktatura). Drugą była jego interpretacja przepisów art. 48 Konstytucji weimarskiej

(na kongresie profesorów prawa państwowego 14 i 15 lipca 1924), oparta w części teoretycznej na rezultatach wcześniejszej jego pracy »Die Diktatur«.

Teza Schmitta, iż zarządzenia z art. 48 nie są bynajmniej ustawą, lecz stanowią specyficzny akt, »Massnahme« a nie normę generalną, nie przyjęła się ani w nauce ani w praktyce — gdyż zarządzeniom tym przyznano charakter ustaw. Teza Schmitta, iż zarządzenia te mogą być sprzeczne z poszczególnymi artykułami Konstytucji, a chronione jest przed nimi jedynie »minimum organizacyjne Konstytucji« nie przyjęła się w nauce, natomiast została przyjęta w praktyce konstytucyjnej i — z pewnymi ograniczeniami — także w judykaturze. Niemniej nawet obie te nieprzyjęte tezy oddziałały na kierunek działalności rządów prezydjalnych. Cała zaś analiza art. 48 stała się podstawą dla niezmiernie żywego ruchu naukowego i równie żywej praktyki dyktatorjalnej.

Szereg prac Karola Schmitta podaję w wykazie literatury. Z poświęconych mu głosów przytoczyć warto: Rozprawę Fritza Hartunga (Zeitschr. f. ges. Staatswissenchaften 87 Bd. 1929 str. 225 n.), Ottona Hinzego (Histor. Zeitschrift Bd. 139, 1929, str. 562 nast.), Alberta Hensela (Arch. f. Soz-wiss u. Soz. Pol. Bd. 61, 1929, str. 169 nast.), polemikę Schmitta i Richarda Thomy na temat istoty parlamentaryzmu (w Arch. f. Soz. wiss. u. Soz. Pol. Bd. 53, 1925). Ostatnio zaś: Otto Koellreuter: Volk und Staat in der Verfassungskrise. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Verfassungslehre Carl Schmitt (Zum Neubau der Verfassung. Jahrbuch für politische Forschung B. I, Berlin. Junker Dünnhaupt 1933). Kirchheimer Otto u. Leitis N.: Bemerkungen zu Carl Schmitts »Legalität und Legitimität (Arch. f. Soz. Wiss. u. Soz. P. l. LXVIII. s. 457—487) dr Erich Brock: Der Begriff des Politischen. Eine Auseinandersetzung mit Carl Schmitt (Hochland Jahrg. 1932 H. 9). Z polskich autorów omawia Schmitta konstrukcję dyktatury prof. K. W. Kumaniecki (»Nadzwyczajne urzędy« Kraków, 1928), autor zaś tego studjum umieścił krótką charakterystykę Schmitta w »Przeglądzie Współczesnym« (1929).

Aneks II.

Legalizm a legatymizm.

Rozróżnienie legitymizmu i legalizmu przeprowadził precezyjnie pierwszy Max Weber:

»Legitime Geltung kann einer Ordnung von den Handelnden zugeschrieben werden:

a) kraft Tradition: Geltung des immer Gewesenen;

b) kraft affektuellen (insbesondere: emotionalen) Glaubens: Geltung des neu offenbarten oder des Vorbildlichen;

c) kraft wertrationalen Glaubens: Geltung des als absolut gültig Erschlossenen;

d) kraft positiver Satzung, an deren Legalität geglaubt wird. Diese Legalität kann als legitim gelten:

α) kraft Vereinbarug der Interessenten für diese;

β) kraft Oktroyierung auf Grund einer als legitim geltenden Herrschaft von Menschen über Menschen und Fügsamkeit« (Wirtschaft und Gesellschaft str. 19).

Praca Karola Schmitta (»Legalität und Legtimität«) opiera się na tem rozróżnieniu, wychodząc jednak poza nie. Rozróżnia on następujące typy legitymacji władzy państwowej:

»Gesetzgebungsstaat... dessen Besonderheit darin besteht, dass es den höchsten und entscheidenden Ausdruck des Gemeinwillens in Normierungen sieht, die Recht sein wollen, daher bestimmte Qualitäten beanspruchen müssen und denen deshalb alle andern öffentlichen Funktionen, Angelegenheiten und Sachgebiete untergeordnet werden können« (str. 7).

»Es gibt andere Gemeinwesen, in denen der entscheidende politische Wille in anderen Formen und Verfahren auftritt. Es gibt Jurisdiktionsstaaten, in welchen der einen Rechtsstreit entscheidende Richter statt des normierenden Gesetzgebers das letzte Wort spricht; und wiederum andere politische Gebilde, die Regierungs oder Verwaltungsstaaten sind, je nach dem spezifischen Ausdruck, in welchem die letzte Entscheidung sich konkret aussert und durch welchen die letzte Instanz der »dernier ressort« erscheint...

...der Regierungsstaat, der seinen charakteristischen Ausdruck im hoheitlichen persönlichen Willen und autoritären Befehl eines regierenden Staatshauptes findet...

...der Verwaltungsstaat, in welchem weder Menschen regieren, noch Normen als etwas Höheres gelten, sondern nach der berühmten Formel »die Dinge sich selbst verwalten« (str. 8—9).

Te określenia wskazują znaczenie pojęcia Legitymizmu. Legitymizm — to zasada, wedle której zapada »ostateczna decyzja«,

legitymizm, to forma jaką w danym ustroju przybiera władza suwerenna. Legalizm — to jedna z możliwych form, a mianowicie suwerenność normy, to ustrój w którym ostatecznie decydującą formą działania państwa jest subsumowanie wszelkich faktów pod normy, przechodzenie od bardziej ogólnych do bardziej szczegółowych norm. Z chwilą, gdy takie subsumowanie staje się niemożliwem, gdy bądź sąd zrywa z tą zasadą i zaczyna sądzić wedle »prawa natury« a nie wedle norm stanowionych — lub gdy egzekutywa przestaje się krępować normami a zaczyna się kierować celowością pewnych posunięć jako wytyczną — z tą chwilą skończył się legitymizm legalizmu, a szukają legitymacji nowe formy, »państwo rządzące« (Regierungsstaat) lub państwo jurysdykcyjne.

Konstrukcje Kelsena, konstrukcje opierające wszystko na normatywności i na logicznem subsumowaniu faktów pod normy, norm bardziej szczegółowych pod bardziej ogólne, aż czysto logiczną spekulacją dochodziło się do »normy norm« do »Urnorm« — były wyrazem legitymizmu »państwa legalnego«. Państwo legalne było dla Kelsena jedynem państwem, legalizm był jedynym sposobem wytwarzania prawa. Konstrukcje Schmitta wprowadzają tu sceptycyzm: rozróżniają inne jeszcze typy legitymizmu, poza normatywnym, legalnym. I tutaj znowu jest Schmitt wyrazem ewolucji politycznej, wdzierania się życia w »państwo prawne«.

Aneks III.

Charisma.

1) Pojęcie:

»Charisma soll eine als ausseralltäglich (ursprünglich, sowohl bei Propheten wie bei therapeutischen wie bei Rechts-weisen wie bei Jagdführern wie bei Kriegsgelden: als magisch bedingt) geltende Qualität einer Persönlichkeit heissen, um derentwillen sie als mit übernatürlichen, oder übermenschlichen, oder mindestens spezifisch ausseralltäglichen, nicht jedem andern zugänglichen Kräften oder Eigenschaften oder als gottgesendet oder als vorbildlich und deshalb als »Führer« gewertet wird« (Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft str. 140), por. zwłaszcza wywody J. Wacha (»Religionssoziologie« w Vierkandta »Handwörterbuch der Soziologie« str. 489 n.).

2) Konsekwencje ustrojowe:

a) punktem wyjścia jest przekonanie wodza i jego wyznaw-

ców, iż sytuacja jest niecodzienna i że przystosowany do sytuacyj codziennych aparat państwowy nie wystarcza do jej opanowania.

b) Pozytywną konkluzją jest teza, iż wódz posiada »misję«, że czerpie z własnej głębi prawo ujęcia władzy w takiej sytuacji w swoje ręce. Ujmuje ją bynajmniej nie z woli swych wyznawców, »uznanie« jego »misji« nie jest faktem, jego »prawo« tworzącym. Wprost przeciwnie — uznanie takie jest obowiązkiem tych, do których się zwraca misja wodza. Na tem też polega rewolucyjny charakter władzy charismatycznej. Władza ta czerpie swe uzasadnienie, szuka swej legitymacji nie w porządku prawnym, który zastała, nawet nie w ogólnej jakiejś zasadzie prawnej czy politycznej, będącej podstawą takiego porządku, np. w zasadzie suwerenności ludu, która może się objawiać w dowolny sposób (a więc także przez »uznanie« charismatycznego »wodza«). Władza taka czerpie swoje uzasadnienie z siebie samej. Dlatego też wszelkie inne źródło prawa poza nią ma tylko wtedy znaczenie, o ile nie jest z nią sprzeczne i o ile jest jej podporządkowane. »Misja« wodza staje się nową, rewolucyjną w swej genezie, ciągle i ustawicznie się aktualizującą, normą naczelną. (Patrz moją »Socjologję rządów rewolucji majowej«, w »Przeglądzie Współczesnym« czerwiec 1929).

Aneks IV.

»Gdy parlament nie może pracować«.

I.

Konstrukcja ta przywodzi na myśl jedną polską koncepcję. Wedle »Projektu Konstytucji« prof. Wł. L. Jaworskiego Prezydent może wydawać normy ogólne, gdy Izba Poselska i Senat nie są zebrane lub nie funkcjonują (art. 26 projektu) a w uzasadnieniu czytamy: (str. 52): »Prezydent ogólne normy prawne wydaje: 1) gdy parlament nie jest zebranym, przyczem projekt nie ogranicza ich tylko do norm z »konieczności«; 2) gdy parlament jest zebrany, ale nie funkcjonuje np. z powodu obstrukcji lub takiego rozbicia, że utworzenie większości do poszczególnych spraw jest niemożliwe«. Konstrukcja prof. Jaworskiego wyprzedziła identyczną a późniejszą niemiecką ewolucję.

II.

Ewolucja ta ani przez naukę ani przez judykaturę nie była przyjmowana bez oporu. Motywy i charakter oporu ujmują następujące przykłady:

1) b. Prezes Sądu Rzeszy i były zastępca Prezydenta Rzeszy Simons (w »Deutsche Juristen Zeitung« 38 Jahrg. 1933, Heft 1. str. 25):

»Ich halte die heutige Auslegung und Anwendung des Art. 48 nicht für verfassungsgemäss. Sie bezweckt nicht Aushilfemassnahmen der Exekutive in einem Augenblick, wo die zuständige Legislative noch nicht aktionsbereit ist, sondern einen Erstatz des aktionsunfähigen Reichstags durch die Autorität des Reichspräsidenten. Will mann aber eine Präsidiallegislative, so hat es keinen Sinn, dass man doch wieder die Notverordnungen von den Beschlüssen des für aktionsunfähig erklärten Reichstags abhängig machen und, wenn dieser widerspenstig ist, ihn immer wieder auflösen muss«.

2) II (karny) Senat Trybunału Rzeszy w orzeczeniu, w którem uznaje ważność rozporządzenia Prezydenta z 6 października 1931 »Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen B. 66, str. 256 n.).

»Der Senat... muß sich angesichts der Entwicklung, die das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Notverordnung seit dem Sommer 1930 völlig umgestaltet hat, der ernsten Frage zuwenden, ob nicht der Gebrauch, der in fortschreitenden Masse von der Befugnis des Art. 48. Abs. 2 RVerf. gemacht wird, in seiner Gesamtheit der Verfassung zu widerlaufe... Dass die Anwendung des Art. 48 Abs. 2 weit über das hinausgreift, was bei der Schaffung der Verfassung erstrebt und erwartet worden ist, kann nicht zweifelhaft sein... Der Grundsatz der Gewaltenteilung und der Vorbehalt des Gesetzes sollten die Volksgenossen davor schützen, dass die Staatsgewalt ihnen sachliches Unrecht unter der äußeren Geltung als Recht zufüge. Nur ein in der Form des Gesetzes oder gar des verfassungsändernden Gesetzes gebildeter staatlicher Wille sollte die Macht haben, in das Leben, die Freiheit oder das Vermögen der Bürger einzugreifen. Die Reichsgesetzgebung sollte in der Hand der Volksvertretung liegen. Nur in ausserordentlichen Fällen sollten die ausserordentlichen Befugnisse des Reichspräsidenten zur Rettung des bedrängten Staates entfaltet werden. Der Reichspräsident sollte aber nicht den ordentlichen Gesetzgeber ersetzen, sondern neben ihm stehen und von ihm in der

Ausübung seiner auf Art. 48, Abs. 2 gestützten Befugnisse überwacht werden. Im Gegensatz zu diesen Absichten und Erwartungen der Schöpfer der Verfassung ist die fortdauernde Aenderung der rechtlichen Beziehungen der Volksgenossen durch Verordnungen des Reichspräsidenten zur Regel geworden. Die Eingriffe in die Güter der Bürger vollziehen sich in reichem Wechsel, ohne die sorgfältige Vorbereitung und Aufklärung, die der Ausarbeitung der Gesetze eigentümlich ist. Schwerwiegende nachteilige Folgen werden mehr und mehr bemerkbar. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs leidet. Der Zweifel an Gerechtigkeit und Nützlichkeit breitet sich aus. Er zieht Unzufriedenheit nach sich. Die Zerrissenheit wächst.

Allein die Erkenntnis, dass der tatsächliche Zustand nicht so geworden ist, wie ihn die Verfassungsurkunde herstellen wollte, reicht zum Nachweis der Verfassunswidrigkeit des Vorgehens des Reichspräsidenten nicht ohne weiteres aus. Der Grund, aus dem dieser unter Verantwortung der Reichsregierung gemäss Art. 50 R. Verf. die Erfüllung von Ausgaben unternommen hat, die von der Verfassung dem Reichstag auferlegt sind, muss ins Auge gefast werden. Er zeigt den Willen, verfassungstreu zu verfahren. Zu der auf dem Deutschen Reich seit vielen Jahren lastenden wirtschaftlichen und finanziellen Bedrängnis hat sich ein weiterer Uebelstand, der gleichfalls als die Ursache einer erheblichen Störung und Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angesehen werden kann, insofern gesellt, als der Reichstag sich zum grossen Teil aus der Gesetzgebung selbst ausgeschaltet hat. Reichspräsident und Reichsregierung sind hierdurch dazu gedrängt worden, die in Art. 48, Abs. 2 eröffneten Möglichkeiten bis aufs äußerste und über die Grenzen hinaus auszunutzen, innerhalb deren sich diese Einrichtung nach dem Sinne der Verfassungsurkunde bewegen sollte. Was sie getan haben, um das Volk in einer staatlichen Ordnung zu erhalten, die dem Grundgesetz zwar nicht volkommen, aber doch insoweit entspricht, als dies in der gesetzlich nicht geregelten Lage möglich ist, kann nicht einer Verletzung der Verfassung gleichgeachtet werden.

Immerhin gilt dies nicht uneingeschränkt. Bildet das Verhalten des Reichstags eine mitwirkende Ursache der

bestehenden erheblichen Störung und Gefährdung der öffentlichen Sichercheit und Ordnung, so muß von der mit der Führung der politischen Geschäfte beauftragten Regierung verlangt werden, dass sie zur Behebung dieser Ursache tätig werde. Der Senat enthält sich der Erörterung der Fragen auf welche Bestimmungen des Reichsverfassung oder des Reichswahlgesetzes das Versagen des Reichstags zurückzuführen ist, was zur Abhilfe geschehen kann und muss, und welchen Zeitraum die erforderlichen Vorbereitungen in Anspruch nehmen. Hier liegen politische Fragen vor, zu deren Beantwortung die Gerichte nicht berufen sind... Den Senat beschäftigt nur die ihm obliegende rechtliche Würdigung«.

3) Anschütz w obronie prawa prezydenta do wydawania w drodze z art. 48, II ustaw finansowych, pożyczkowych i budżetu. (»Reichskredite und Diktatur« str. 13 n.).

»Nach feststehender, weder vom Reichstag noch von der Rechtsprechung jemals beanstandeter, von angesehensten Vertretern der Wissenschaft gebilligter Staatspraxis ist die herkömmliche polizeirechtliche Ausfassung der Bergriffe Sicherheit und Ordnung für die Diktaturgewalt des Artikels 48 nicht maßgebend. Diese Gewalt ist mehr und etwas anderes als eine gesteigerte oder ausser ordentliche Polizeigewalt. Unter Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne der Artikels 48 sind nicht nur eigentliche Polizeiwidrigkeiten, sondern auch Erscheinungen zu verstehen, deren Bekämpfung völlig außerhalb der Zuständigkeit der Polizeibehörden liegt: Zustände, die eine Erkrankung des Wirtschafts-und Finanzorganismus bedeuten (Arbeitslosigkeit, Kapital-und Kreditnot, Kapitalflucht, Währungsverfall, Zahlungsunfähigkeit der öffentlichen Kassen), gleichviel, ob sie Störungen im engeren polizeilichen Sinne (Straßenunruhen, Gewalttätigkeiten) herbeigeführt haben oder herbeiführen können.

Die Voraussetzungen des Artikels 48, II, sind auch gegeben im Falle des Auftretens von Störungen des Staats- insbesondere des parlamentarischen Apparates, die ein normales, die Staatnotwendigkeiten sicherndes Funktionieren der Gesetzgebung und Regierungstätigkeit verhindern oder gefährden (Obstruktion, Unmöglichkeit notwendiger Mehrheits-

bildung, sonstiges Versagen des parlamentarischen Regierungssystems«).

III.

Jedyna oficjalna definicja »rządu prezydjalnego« opartego na art. 48, ust. II przytaczała jako uzasadnienie powstania tego rządu niezdolność parlamentu do pracy. Definicja ta zawarta jest w liście podsekretarza stanu Meissnera wystosowanym w imieniu Prezydenta Rzeszy do Adolfa Hitlera w dniu 22 listopada 1931 r. W liście tym »gabinet prezydjalny« określony jest w następujących słowach:

»Das Präsidialgabinet — aus der Not der Zeit und dem Versagen des Parlaments geboren — wird in der Regel die notwendigen Regierungsmassnahmen ohne vorherige Zustimmung des Parlaments auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung in Kraft treten lassen. Es bezieht seine Machtvollkommenheiten in erster Linie vom Reichspräsidenten und braucht die Parlamente im Allgemeinen nur zum Sanctionieren oder Tolerieren dieser Massnahmen«.

Aneks V.

Różne znaczenia słowa »Konstytucja«.

1. »In einem allgemeinen nicht präzisen Sinne heissen alle Gesetze oder Abmachungen »Grundgesetze«, welche den jeweils politisch einflussreichen Personen oder Gruppen politisch besonders wichtig erscheinen.

2. Grundgesetz — eine absolut unverbrüchliche Norm, die weder geändert noch durchbrochen werden darf.

3. Grundgesetz — jede relativ unverbrüchliche Norm, die nur unter erschwerten Voraussetzungen abgeändert oder durchbrochen werden darf.

4. Grundgesetz — das letzte einheitliche Prinzip der politischen Einheit und Gesamtordnung.

5. Grundgesetz — jedes einzelne Prinzip der staatlichen Organisation (Grundrechte, Gewaltenteilung, monarchisches Prinzip, sog repräsentatives Prinzip usw.).

6. Grundgesetz — die letzte Norm für ein System normativer Zurechnungen. Hier tritt der normative Charakter hervor und wird vor allem das »Gesetz« im Grundgesetz betont.

7. Grundgesetz — jede organische Regelung von Zuständigkeit und Verfahren für die politisch wichtigsten staatlichen Tätigkeiten; bei einem Bunde auch die Abgrenzung der Rechte des Bundes von denen der Mitglieder.

8. Grundgesetz — jede normierte Beschränkung der staatlichen Befugnise oder Tätigkeit.

9. Grundgesetz — Verfassung im positiven Sinne, wobei das sog. Grundgesetz nicht eine gesetzliche Normierung sondern die politische Entscheidung zum wesentlichen Inhalt hat«. (Schmitt: Verfassungslehre str. 42).

Aneks VI.

Suwerenna a komisaryczna dyktatura.

I.

»Die souveräne Diktatur sieht nun in der gesammten bestehenden Ordnung den Zustand, den sie durch ihre Aktion beseitigen will. Sie suspendiert nicht eine bestehende Verfassung kraft eines in dieser begründeten also verfassungsmässigen Recht, sonderen sucht einen Zustand zu schaffen, um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als wahre Verfassung ansieht«. (Schmitt: Die Diktatur str. 137).

»Der kommisarische Diktator ist der unbedingte Aktionskommisar eines pouvoir constitué, die souveräne Diktatur eine unbedingte Aktionskommission eines pouvoir constituant« (jw. str. 146).

»Jeśli się spojrzy na powyższe zagadnienie ze stanowiska ustroju administracyjnego, to owa dyktatura komisarjacka jest tylko jednym z nadzwyczajnych urzędów. Wspólną im wszystkim cechą jest powołanie takiego nadzwyczajnego urzędnika przez prawnie istniejącą egzekutywę«. (Kumaniecki »Nadzwyczajne urzędy str. 11).

II.

Istotna różnica między komisaryczną a suwerenną dyktaturą nie polega na tem, przez kogo dyktator został powołany, czyli jak legitymuje swoją władzę — jakkolwiek trafnie podkreśla Kumaniecki, że komisaryczny dyktator jest zwykle powoływany przez legalnego piastuna władzy wykonawczej, suwerenny zaś najczęściej ma swą genezę poza władzą wykonawczą i poza legalnością. Istotna różnica nie polega również na stosunku do obowiązujących w normalnej sytuacji norm prawnych: i jedna i druga dyktatura zawie-

sza lub usuwa te normy. Istotna różnica polega na celu, w jakim te normy są usuwane względnie zawieszane. Komisaryczna dyktatura zawiesza niektóre normy, by ocalić podstawowe zasady porządku prawnego, w skład którego wchodzą zawieszone normy, suwerenna dyktatura usuwa te normy poto, by ułatwić sobie wprowadzenie nowych zasad porządku prawnego.

»Zasady porządku prawnego« są pojęciem raczej politycznem. Przejścia między »usunięciem zasad«, »usunięciem części zasad a zachowaniem reszty«, »usunięciem wszelkich zasad« będą zawsze możliwe. Przejścia między »usunięciem zasady naczelnej« a »modyfikacją zasady naczelnej« będą również możliwe. Toteż i różnica między dyktaturą suwerenną a komisaryczną może być w pewnych wypadkach jedynie różnicą stopnia.

Aneks VII.

Doktryna państwa autorytatywnego.

Przedmiotem niniejszej rozprawy nie jest przedstawienie doktryny demokracji autorytatywnej, lecz przedstawienie jak konkretne stosunki polityczne Niemiec lat 1919—1932 doprowadziły do pewnej określonej interpretacji norm prawnych i praktyki konstytucyjnej i jak ta praktyka konstytucyjna umożliwiła przejście od systemu demokracji parlamentarnej do systemu określonego jako »demokracja autorytatywna« (analiza hitlerowskiego okresu konstytucjonalizmu niemieckiego pozwoliłaby zapewne na kontynuowanie tej linji w określeniu: jak z kolei praktyka konstytucyjna »demokracji autorytatywnej« umożliwia przejście do systemu »państwa autorytatywnego«, w którym określenie »demokracja« schodzi na plan dalszy). Literatura odnosząca się do teorji i doktryny »demokracji autorytatywnej« czy »państwa autorytatywnego« jest już tak obszerna, że wymagałaby osobnej pracy. Niemniej określenie pewnych zasadniczych linij tej doktryny wydaje się i tu pożądanem.

1) Pojęcie »demokracji autorytatywnej« zrodziło się jako pojęcie polemiczne. Jego punktem wyjścia była obserwacja, iż zmienność rządów i kierunków typowa dla demokracji parlamentarnej XX w. jest czemś zasadniczo różnym od dotychczasowych typów rządów, i ujęcie tego spostrzeżenia w tezę, iż rządy demokracji parlamentarnej nie mają »autorytetu«. W ten sposób uzyskiwano przeciwstawienie pojęć: »autorytet i demokracja parlamentarna«

i zyskiwano logiczny punkt wyjścia dla identyfikacji »autorytetu« i tej demokracji, (to jest tych organów państwa demokratycznego) które nie wywodzą swej władzy od parlamentu.

2) Takim organem demokratycznym była z natury rzeczy Głowa Państwa. Tam gdzie Głowa Państwa jest wybierana w głosowaniu ludowem (bezpośredniem, w mniejszem stopniu pośredniem — gdzie fakt desygnowania Głowy Państwa przez partje występuje wyraźniej) jej charakter autorytatywny ujawnił się znacznie silniej i szybciej niż w państwach, gdzie Głowa Państwa jest wybierana przez połączone Izby parlamentu. Dla tej fazy doktryny typową jest właśnie działalność naukowa Karola Schmitta. Punktem wyjścia jest tu »der Hüter der Verfassung« (1931) sprecyzowaniem doktryny »Legalität und Legitimität« (1932). Doktrynę w tej fazie ująć możnaby w następujące tezy: Zarówno Prezydent Rzeszy, jak i parlament są w tym samym stopniu organami Narodu, legitymują swą działalność w równym stopniu wolą Narodu. Konstytucja zna te dwa legitymizmy[1], stawia je na równi i (tu podstawą konstrukcji jest art. 48, II) przyznaje im kompetencje konkurencyjne (to jest punkt szczytowy tezy o równorzędności). O tem, czyja kompetencja w konkretnym wypadku ma się zrealizować, to jest który z równorzędnych organów Narodu ma działać, rozstrzyga wedle swobodnego uznania Prezydent Rzeszy (i tu jest koniec równorzędności i istotny dla pojęcia »autorytatywności« moment).

3) Teoretycy demokracji autorytatywnej dla uzasadnienia rzeczownika »demokracja« podkreślali — identyczne jak przy parlamencie — źródło władzy autorytatywnej tj. ludowy wybór prezydenta. Przeciwnicy jej kładli nacisk nie na fakt genezy tj. wybór, ale na metodę wyboru, różną w demokracji (którą identyfikowali z demokracją parlamentarną), a w autokracji (pod którą nazwą ujmowali zarówno absolutyzm autokratyczny, jak i demokrację autorytatywną). Typowem jest tu stanowisko Kelsena:[2] »Kreacja wielu przywódców jest najistotniejszym problemem rzeczywistej demokracji, którą odróżnia od rzeczywistej autokracji, nie b r a k przywódców, lecz raczej ich o b f i t o ś ć... Gdyż — wtedy, gdy naprzeciw miljonowego ludu wyborców stoi tylko jeden jako wy-

---

[1] Trzeci przez Schmitta rozróżniany — II części konstytucji tj. systemu praw zasadniczych — jest tu dla nas obojętny.

[2] Vom Wert und Wesen der Demokratie (II Aufl str. 84, 82).

brany — idea reprezentacji narodu traci ostatnie pozory uzasadnienia«. Ta teza, iż reprezentacja jest możebna tylko przy pewnym stosunku ilościowym liczby reprezentantów do liczby reprezentowanych, pozostaje w związku z tezą, iż wola reprezentantów ma być faktycznie identyczna z wolą reprezentowanych, że reprezentowani mają być możliwie wiernem odbiciem reprezentantów — a więc praktycznie pozostaje w związku z tą konstrukcją, która prowadzi do proporcjonalnego prawa wyborczego i do faktycznego upodobnienia demokracji reprezentacyjnej i demokracji bezpośredniej [1].

4) I oto w ten sposób, pośrednio, przez doktrynę Kelsena, dochodzimy do związku między doktryną »demokracji autorytatywnej« a rozróżnieniem dwóch zasad nauki o konstytucji zasady identyczności i zasady reprezentacji [2]. Dla Kelsena to przeciwstawienie nie istnieje. Jego nastawienie, relatywizujące wszelkie różnice między pojęciami prawnymi, zrelatywizowało i tę różnicę. Między demokracją pośrednią a bezpośrednią istnieje tylko różnica stopnia. Między faktem, iż pewien objaw woli, np. głosowanie ludowe jest »identyczne« z objawem woli »Ludu« a faktem, że inny objaw woli np. głosowanie w parlamencie jest tylko »uważane« za »reprezentację« woli »Ludu« — między tymi faktami istnieje dla Kelsena tylko różnica stopnia. Inaczej dla Schmitta i tej doktryny, która wyrosła pod jego wpływem. Skrajnie przeciwstawne kelsenowskiemu relatywizmowi ujmowanie pojęć konstytucyjnych, jako pojęć polemicznych każe mu i tu szukać przeciwstawienia, ostro zarysowanej różnicy: »Zasada identyczności każdorazowo znajdującego się Ludu [3] z sobą samym jako polityczną jednością [4] polega na tem, że niema żadnego państwa beż Ludu, i że dlatego Lud jako istniejąca wielkość musi być zawsze rzeczywiście obecnym. Przeciwna zasada [5] wychodzi z wyobrażenia, że rzeczywista jedność Ludu jako taka nigdy nie może być obecną w realnej identycznościi i że dla tego musi być zawsze reprezento-

---

[1] Por. także ostatnio Kelsena: Staatsform und Weltanschauung. Tübingen Mohr. 1933.

[2] Schmitt: Verfassungslehre zwł. str. 204 nast. Gerhard Leibholz: Das Wesen der Repräsentation. Berlin. Gruyter. 1929.

[3] T. j. Ludu jako faktu, jako rzeczywiście w danym wypadku istniejącej i działającej masy ludzkiej.

[4] T. j. ludu jako »suwerena«, jako pojęcia prawno-konstytucyjnego.

[5] T. j. zasada reprezentacji.

wą n ą osobiście przez ludzi«[1]. To określenie przeciwstawności i równorzędności pojęć znachodzi trafne uzupełnienie w określeniu cech reprezentanta: »Reprezentacja jest możliwa iedynie w określonej sferze wartości. Założeniem jej jest wyższy rodzaj istnienia. Tylko tam, gdzie piastunowie idei reprezentacji żądają dla siebie specyficznej godności i specyficznego autorytetu, można mówić rzeczywiście o reprezentacji«[2].

5) Reprezentacja jest tedy czemś przeciwstawnem identyczności, a więc jednostka jako reprezentant masy (największy możliwy dystans od identyczności) nie jest — jak chce Kelsen — odebraniem reprezentacji wszelkiego uzasadnienia. Reprezentacja »leży w sferze wartości, specyficznego autorytetu« a więc przez specyficzność tej sfery jest przeciwstawiona »wartości, autorytetowi« identyczności. Od tego punktu jeden krok do tezy: skoro jest przeciwstawieniem identyczności, jest przeto przeciwstawieniem Ludowi. szuka swego uzasadnienia nie w demokracji, ale w własnej »wartości«, poza demokracją.

6) Tego kroku nie uczynił Schmitt, nie uczynił go także najpłodniejszy obecnie teoretyk hitlerowskiego systemu, Otto Koellreuter[3], choć poszedł dalej, niż Schmitt, mocniej podkreślając niezależny i suwerenny charakter rządu autorytatywnego[4]. Uczynił

---

[1] »Verfassungslehre« str. 205, por. jasno określające różnice tych pojęć zdanie (tamże niżej): »Die absolute Monarchie ist in Wahrheit nur absolute Repräsentation und beruht auf dem Gedanken, dass die politische Einheit erst durch Repräsentation bewirkt wird«.

[2] Leibholz o. c. str. 32.

[3] Otto Koellreuter, prof. uniwersytetu w Jenie i najznakomitszy dziś może w Niemczech znawca ustrojów państw anglosaskich, pierwszy z uczonych niemieckich zaaprobował i zaczął ujmować w konstrukcje konstytucyjno-doktrynalne hitleryzm, bo już w r. 1930 (»Der Sinn der Reichstagswahlen vom 14 Sept. 1930 und die Aufgaben der deutschen Staatslehre« — wybory 1930 r. były pierwszymi wyborami, w których hitlerowcy odnieśli wielki sukces liczebny, zyskali 107 posłów). Ostatnio, w ciągu półrocza rządów hitlerowskich, zdążył już w czterech rozprawach rozwinąć teorję »narodowego państwa prawnego« (Der nationale Rechtsstaat), jak określa państwo hitlerowskie.

[4] »Das Wesen des autoritären Staates liegt im Gegensatze dazu (tj. do »państwa totalnego«) nich in der blosen Machtausübung, sondern in der vom Vertrauen des Volkes getragenen Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit herrschaftlicher Entscheidung und Führung« (Volk und Staat in der Verfassungskrise str. 20) — zachodzi pytanie jaki prawny wyraz znachodzić może »Vertrauen des Volkes«, skoro rząd jest »eigenverantwortlich« i »herrschaftlich«?

to natomiast ten niemiecki teoretyk prawa państwowego, który dał najobszerniejsze dotąd przedstawienie doktryny państwa autorytatywnego, Julius Binder [1]. Poddał on przedewszystkiem krytyce te konstrukcje państwa autorytatywnego, które autorytatywną władzę Prezydenta Rzeszy opierały na jego demokratycznym charakterze, danym mu konstytucją weimarską: »Rzekoma zasada rządu autorytatywnego, jeśli ją ujmować zasadniczo, to jest wyrwać ze związku w konstytucji Rzeszy i uczynić ją jedyną podstawą naszego życia prawno-państwowego, nie może szukać swej legitymacji w konstytucji i dzięki niej obowiązywać: gdyż jest ona, podobnie jak zasada plebiscytarnie objawiającej się woli Ludu, podporządkowana ogarniającej całą konstytucję zasadzie suwerenności Ludu, tak że zarządzenia Prezydenta Rzeszy jak również i zarządzone przez niego plebiscyty byłyby nieważne, gdyby w sposób dający się rozpoznać były sprzeczne z tą naczelną zasadą« [2]. Autorytet jednak jest istotą państwa, nie wywodzi się od nikogo, nie potrzebuje się niczem legitymować: »Władza państwa nad swymi obywatelami jest bezwzględna i kategoryczna. Jest władzą pierwotną, nie jest udzielona państwu przez jego obywateli, nie istnieje dla ich partykularnych interesów ani nie jest wobec obywateli odpowiedzialna za swą działalność i skutki. Ta pierwotność, ta autorytatywna natura władzy państwowej oznacza nietylko odrzucenie suwerenności Ludu, ale również ma znaczenie pozytywne: nie można sobie mianowicie pomyśleć tej władzy jako pochodnej, jest ona pierwotną — nie może być nadaną, ani pochodną, ani zależną od jakiejkolwiek ziemskiej władzy. Państwo nie jest środkiem dla jakich poza niem istniejących celów, lecz jest celem samo dla siebie i celem ostatecznym« [3]. Ta świadomie heglowska nauka o absolutyźmie państwa pozwala w takiem ujęcie na identyfikację absolutyzmu państwa, stojącego ponad jednostkami, i absolutyzmu władzy państwowej, na dalszą identyfikację absolutyzmu władzy państwowej i absolutyzmu jej organów. W pojęciu »państwa autorytatywnego« nie zostało nic z demokracji, która była punktem wyjścia doktryny.

---

[1] Julius Binder: »Der autoritäre Staat (Logos Internationale Zeitschrift für Philosphie der Kultur. Band XXII Heft. 2. Tübingen 1933).

[2] Jw. str. 138.

[3] Jw. str. 153.

Jerzy Sztykgold.

Krzywa popytu na mięso w Krakowie podczas ostatniego kryzysu.

Rozdział I. Rozważania wstępne.

§ 1. Zagadnienie.

Krzywa popytu jest graficzną ilustracją funkcji matematycznej, wyrażającej zależność, zachodzącą między ilościami kupowanemi po pewnej cenie a ceną.

W niezmiennym układzie krzywych popytu i podaży możliwe są zmiany cen i ilości w bardzo wąskim zakresie. Ruchy te wynikają stąd, że zazwyczaj cena nie ustala się zupełnie ściśle w miejscu przecięcia obu krzywych, w miejscu »równowagi«, lecz oscyluje przez pewien czas naokoło tego punktu, zbliżając się doń coraz bardziej. Ruchy te są niewielkie, statystycznie brak miary dla liczbowego ich ujęcia. Te ruchy tentatywne są właśnie przyczyną, dla której skorygowane już daty statystyczne nie układają się nigdy na linji, będącej graficzną ilustracją ścisłej funkcji matematycznej, lecz skupiają się w najlepszym przypadku dość nieregularnie w jej pobliżu.

W nowoczesnej gospodarce krzywe podaży i popytu ulegają nieustannym przesunięciom i zmianom kształtu. Wychodząc z założenia, że zmiany kształtu w krótszych okresach nie odgrywają większej roli, możemy przyjąć, że szeregi statystyczne cen i ilości jakiegoś dobra określają w układzie spółrzędnych szereg punktów, leżących na przecięciu krzywych podaży i popytu o niezmiennym kształcie lecz przesuwających się. Połączenie tych punktów nie dałoby zatem poszukiwanej krzywej popytu, bo leżą one nie na krzywej nieruchomej, lecz na większej ilości krzywych tego samego kształtu, rozmaicie położonych. Statystyczne badanie krzywej popytu będzie zatem polegało na dokonaniu takich przekształceń

poszczególnych dat statystycznych. aby przybrały te wartości, jakiebyśmy zaobserwowali gdyby krzywa popytu się wogóle nie przesuwała.

Celem pracy jest zatem umiejscowienie krzywej popytu, wyeliminowanie wszystkich ruchów cen i ilości, które się nie odbywają wzdłuż nieruchomej krzywej.

§ 2. Krzywa popytu na poszczególne gatunki mięsa a na mięso wogóle.

Daty statystyczne dotyczące cen i ilości mięsa sprzedawanego w ciągu miesiąca na rynku krakowskim, odnoszą się do poszczególnych gatunków mięsa: do wołowiny, cielęciny i wieprzowiny. Teoretycznie możnaby przeto badać odrębnie popyt na każdy z tych gatunków mięsa. Z krzywych ilości i cen przebiegających w czasie nietrudno jednak stwierdzić, że poszczególne gatunki mięsa są dobrami w wysokim stopniu zastępczemi. Skutkiem tego krzywa popytu na każdy z nich zmienia kształt zależnie od zmian wzajemnego ustosunkowania się cen. Hipoteza konieczna dla statystycznego badania krzywej popytu — hipoteza niezmienności jej kształtu w krótkich czasokresach — byłaby tutaj niedopuszczalna. Można natomiast wyjść z założenia, że krzywa popytu na wszystkie gatunki mięsa razem (na mięso wogóle) ulega zmianom kształtu w znacznie miejszym stopniu. Oczywista istnieją i tutaj dobra zastępcze — niewątpliwie odgrywają inne środki żywności ich rolę — jednak zmiany kształtu będą miały charakter powolniejszy i będą mniejsze.

Z powyższego wynika, że można badać jedynie krzywą popytu na mięso wogóle. W tym celu należy stworzyć szeregi statystyczne dla ogólnych ilości i przeciętnych cen mięsa.

§ 3. Wstępne opracowanie dat.

Ilości mięsa sprzedanego uzyskuje się przez zesumowanie ilości poszczególnych gatunków mięsa dostarczonych na rynek. Trudniej jest z cenami. Między cenami poszczególnych gatunków zachodzą poważne różnice. Zwykła średnia tutaj nie wystarcza, bo zmiana ceny jakiegoś gatunku sprzedawanego w małych ilościach (np. cielęciny) odbiłaby się na takiej średniej bardzo silnie, choć mało wpływa na ogólną ilość sprzedaną. Zachodzi więc konieczność obliczenia średniej arytmetycznej ważonej cen.

Gdyby ilości poszczególnych gatunków mięsa były reprezentowane na rynku zawsze w pewnym stałym do siebie stosunku, to obliczenie średniej byłoby niezmiernie ułatwione. Z charakteru zastępczego poszczególnych gatunków mięsa wynika jednak, że co miesiąc prawie zmienia się wzajemny stosunek dostarczonych na rynek ich ilości. Dlatego żmudną operację mnożenia ceny co miesiąc przez inny współczynnik należy za każdym razem powtarzać. Wykres ilości poszczególnych gatunków wskazuje w dodatku na to, że gatunki mięsa zastępują się nietylko skutkiem podrożenia czy potanienia jednego z nich, ale także zależnie od pory roku: latem wzrasta konsumcja cielęciny na niekorzyść wołowiny i wieprzowiny; zimą dzieje się naodwrót.

Po obliczeniu średniej ważonej cen i zesumowaniu ilości wszystkich gatunków mięsa z pominięciem baraniny, drobiu i dziczyzny, jako gatunków nie odgrywających większej roli (dla których brak zresztą zupełnie dat statystycznych), otrzymujemy szeregi cen i ilości, między któremi wolno się już doszukiwać jakiegoś związku.

Tutaj należy także nadmienić, że statystyka podaje ilości spożyte w ciągu całego miesiąca; należało więc wyeliminować wpływ różnej długości miesięcy przez obliczenie ilości spożywanych przeciętnie dziennie w ciągu miesiąca.

Rezultatem tych wstępnych obliczeń jest Tablica I i Wykres I.

TABLICA I.

Ceny i ilości mięsa na rynku krakowskim od VIII/28—VII/32.

I Przeciętna dzienna konsumcja mięsa w kg. w ciągu miesiąca.
C Średnia arytmetyczna ważona cen mięsa (w zł.).

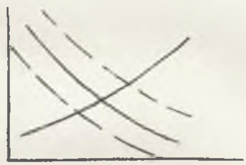
	1928		1929		1930		1931		1932	
	I	C	I	C	I	C	I	C	I	C
I			39034	2,81	34247	3.39	43013	2.51	42315	1,55
II			40040	2,82	36530	3,25	36895	2,22	43796	1,48
III			39459	2,81	43441	3,14	45950	2,19	35031	1,43
IV			41350	3,03	33186	2,97	32283	2,14	38370	1,48
V			40309	3,42	41142	3.01	38644	2,04	39393	1,78
VI			34962	3,25	35534	2,99	40486	1,96	33076	1,77
VII			33476	3,25	31608	2,92	37353	1,97	20735	1,77
VIII	32287	2,94	32412	3,26	32912	2,84	33987	2,06		
IX	39712	2,83	39519	3.35	35169	2,77	42210	2,26		
X	46959	2,82	40922	3,49	42331	2,81	47381	2.00		
XI	42965	2.82	38394	3,51	35722	2,81	43515	1,71		
XII	35277	2,79	34678	3,41	36748	2,78	38564	1,81		

Rozdział II. Ruchy krzywych popytu i podaży i ich eliminacja.

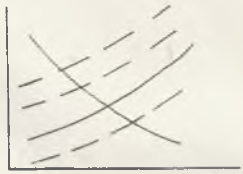
Eliminacja zmian położenia krzywej popytu winna być dokonaną w taki sposób, aby nie zatrzeć ruchów krzywej podaży. Przeciwnie — im więcej przesunięć krzywej podaży po umiejscowionej krzywej popytu się dokona, tem więcej punktów przecięcia, tem więcej punktów krzywej popytu zdołamy ustalić.



Ruchy obu krzywych.



Krzywa podaży nieruchoma. Krzywa popytu przesuwa się.



Krzywa popytu nieruchoma. Krzywa podaży przesuwa się.

Oglądając krzywe, ilustrujące zmiany ilości i cen w czasie, nie możemy jednak znaleść w nich niczego, coby z całą pewnością wskazywało na to, czy daną zmianę należy przypisać przesunięciu krzywej popytu czy też krzywej podaży. Nie wiemy skutkiem tego, czy daną zmianę wyeliminować, czy pozostawić; nie wiemy, o ile należy wyniki skorygować. Postawienie uzasadnionej hipotezy co do przyczyny danej zmiany zależy w zupełności od intuicji i dopiero rezultaty końcowe będą mogły wykazać, czy droga obrana była właściwa.

§ 1. Usunięcie sezonowych wahań krzywej popytu.

Już na pierwszy rzut oka możemy w szeregu przedstawiającym zmiany w spożyciu mięsa zauważyć bardzo silne wahania regularne, powtarzające się w okresach rocznych. Widzimy, że zimą konsumcja mięsa jest niewielka, że wzrasta niezmiernie w marcu (szczególnie spożycie wieprzowiny). Nie ulega wątpliwości, że ten wzrost konsumcji jest spowodowany przez tradycyjne uczty wielkanocne. Kwiecień przynosi zazwyczaj spadek konsumcji, poprzedzający dłuższą zniżkę spożycia mięsa spowodowaną upałami. Jesienią, w październiku, osiąga konsumcja mięsa znowu bardzo wysoki punkt kulminacyjny, co można wytłumaczyć z jednej strony

panującemi chłodami, z drugiej strony wzmożoną siłą nabywczą naszej ludności rolniczej, rozporządzającej wówczas już kwotami uzyskanemi ze sprzedaży zbiorów.

Widzimy więc, że wahania sezonowe w konsumcji mięsa wynikają przedewszystkiem z wahań krzywej popytu — należy je wobec tego wyeliminować. O ile na te wahania wpływają także warunki produkcji, a więc przesunięcia krzywej podaży, to i te

TABLICA II.

Ceny i ilości mięsa na rynku krakowskim po usunięciu wahań sezonowych (II/1929 II/1932).

I′ — Dwunastomiesięczna średnia ruchoma przeciętnego dziennego spożycia mięsa w kg.

C′ — Dwunastomiesięczna średnia ruchoma średniej ważonej cen mięsa w zł.

	1929		1930		1931		1932	
	I′	C′	I′	C′	I′	C′	I′	C′
I			36957	3,25	37649	2,50	39633	1,78
II	38819	2,97	36801	3,22	38126	2,42	38248	1,76
III	38830	2,99	36843	3,19	38215	2,36		
IV	38813	3,04	36480	3,14	38802	2,31		
V	38810	3,09	36598	3,08	39273	2,25		
VI	37930	3,15	36375	3,03	39922	2,15		
VII	37880	3,20	36548	2,97	40073	2,07		
VIII	37481	3,25	37278	2,90	40015	1,99		
IX	37188	3,29	37305	2,81	40590	1,93		
X	37520	3,31	37518	2,74	39080	1,87		
XI	36848	3,31	37442	2,67	40188	1,81		
XII	36909	3,27	37234	2,59	40250	1,79		

zostaną usunięte. Ponieważ dzieje się to jednak w tak małym zakresie, o ile wahania krzywej podaży tutaj wogóle odgrywają rolę, że wobec korzyści uzyskanych z umiejscowienia krzywej popytu blednie zupełnie szkoda powstająca z wyeliminowania drobnych ruchów krzywej podaży.

Rozporządzamy stosunkowo dokładną metodą statystyczną do eliminowania ruchów sezonowych i wogóle ruchów cyklicznych perjodycznych. Jest nią średnia ruchoma dla całego cyklu. Polega ona na tem, że zamiast dat rzeczywistych wpisuje się dla każdego miesiąca średnią arytmetyczną okresu o długości eliminowanego cyklu, tak aby miesiąc ów leżał w połowie danego okresu. W powyższym wypadku mamy przed sobą cykl roczny. Obliczamy więc średnie arytmetyczne z 12 miesięcy, posuwając się za każdym ra-

zem o miesiąc naprzód, i wpisujemy je jako daty charakterystyczne dla pierwszego dnia 7 miesiąca. W ten sposób wahania sezonowe wzajemnie się równoważą, pozostają natomiast, choć nieco zdeformowane, inne zmiany: a więc przypadkowe (nieregularne) zniżki czy zwyżki, tendencje rozwojowe, etc Oczywista metodę tę można stosować wyłącznie wtedy, kiedy się ma do dyspozycji daty z przynajmniej dwóch pełnych okresów. W danym wypadku można ją zatem stosować. Z 48 dat pierwotnych, zamieszczonych w Tablicy I uzyskujemy w ten sposób 37 dat zamieszczonych w Tablicy II i w Wykresie II.

Liczby cen i ilości zawarte w powyższej tablicy nie są zatem cyframi rzeczywiście zaobserwowanemi, ale cyframi hipotetycznemi, takiemi, jakiebyśmy zaobserwowali, gdyby krzywa popytu nie ulegała przesunięciom sezonowym.

§ 2. Zagadnienie wpływu trzechletniego cyklu w produkcji trzody chlewnej.

Zmiany cen i ilości na rynku mięsnym wykazują jednak jeszcze jeden cykl perjodyczny, już nie sezonowy coprawda, ale niemniej rytmiczny. Jest nim cykl trzechletni w produkcji trzody chlewnej, wywołany przez nożyce cen paszy i mięsa.

Wysokie ceny wieprzowiny powodują przy niskich cenach paszy rozpoczęcie hodowli na wielą skalę. Ponieważ utuczenie trwa 14—15 miesięcy, a kilka miesięcy upływa stale zanim przedsiębiorcy dostrzegą naogół korzyści interesu, więc zazwyczaj w 18 miesięcy po okresie rentowności następuje przepełnienie rynku mięsem i, co za tem idzie, spadek cen. Jednocześnie skutkiem wzrostu popytu za paszą ta drożeje i powstaje konstelacja zupełnie odmienna: ceny mięsa są niskie, ceny paszy wysokie. Hodowcy zmniejszają hodowlę; po upływie dalszych 18 miesięcy ceny mięsa wykazują napowrót tendencję zwyżkową, a ceny paszy spadają skutkiem zmniejszonego popytu. Wytwarza się znowu sytuacja sprzyjająca rozszerzeniu hodowli. W ten sposób okres trzechletnich wahań na rynku mięsnym stale się powtarza.

Cyfry przytoczone tutaj obejmują właśnie trzechletni okres czasu. Jest to z jednej strony zbyt mało, aby z całą pewnością móc stwierdzić, że wykazują tego rodzaju wahania cykliczne, z drugiej zaś strony wahania cykliczne o zmiennej długości, wahania

konjunkturalne, wywierają w tym okresie tak wielki wpływ na daty, że zacierają w zupełności obraz tamtych wahań. W przytoczonych tu cyfrach niepodobna zauważyć tych wahań także i z tego względu, że ilustrują one nietylko rynek nierogacizny, ale cały rynek mięsny.

Gdyby jednak te wahania były nawet dostrzegalne, to i tak nie należałoby ich eliminować. Są to bowiem wahania cen i ilości ochodzące z przesunięć krzywej podaży, a tych przesunięć właśnie nie chcemy zacierać, bo przysparzają one wiele materjału obserwacyjnego, powodując przecięcia tej samej krzywej popytu przez przesuwającą się krzywą podaży na dość szerokim odcinku.

§ 3. Usunięcie wahań konjunkturalnych i nieregularnych w tej mierze, w jakiej wpływają na krzywą popytu.

Wspomniałem już, że w przytyczonych tu cyfrach widać wyraźnie ślad wahań cyklicznych o zmiennej długości. Są to wahania konjunkturalne. Dotyczą one zarówno przesunięć krzywej podaży jak i krzywej popytu. Nie można ich przeto usunąć czysto mechanicznie np. średnią ruchomą — po pierwsze dlatego, że okres tu jest zmienny, powtóre ze względu na to, że chodzi nam o wyeliminowanie nie wszystkich ruchów konjunkturalnych, lecz tylko tych, które wiążą sią z krzywą popytu.

To samo można także sformułować w sposób następujący: zmiany i przesunięcia krzywej popytu są zależne od zmian w sile nabywczej społeczeństwa. Metoda pozwalająca na cyfrowe ujęcie konjunkturalnych zmian w sile nabywczej społeczeństwa spełniłaby zadanie eliminacji odpowiednich przesunięć krzywej popytu.

Ponieważ zmiany nieregularne, jednorazowe, zarówno ciągłe jak i urywane także tylko o tyle winny być wyeliminowane, o ile łączą się z krzywą popytu, a więc o ile wpływają na zmiany w sile nabywczej, narzuca się myśl skonstruowania metody, którąby cyfrowo ujmowała zmiany siły nabywczej bez względu na to, czy są one charakteru cyklicznego, czy też jednorazowego.

Dotychczasowe badania statystyczne krzywej popytu metodą rachunkowego umiejscowienia jej popełniały tutaj ogromny błąd: pomijały eliminację konjunkturalnych zmian siły nabywczej, a zadawalały się usunięciem przesunięć ciągłych, długotrwałych, wieloletnich. Eliminowano poprostu trend danego szerego statystycznego. Postępowanie takie jest z dwóch względów wadliwe:

1) Eliminacja trendu, który został zaobserwowany w szeregu cen badanego dobra (Metoda Schultza i Moore'a) usuwa wszystkie zmiany ciągłe bez względu na to, czy wynikają one z ruchów krzywej popytu, czy też z ruchów krzywej podaży. Trendu jakiegokolwiek szeregu cen nie wolno identyfikować z trendem siły nabywczej, a przecież tylko ten ostatni może posłużyć do eliminacji wahań samej tylko krzywej popytu. Rezultatem byłoby uzyskanie punktu statystycznego, leżącego na przecięciu nieruchomej krzywej podaży i nieruchomej krzywej popytu, gdyby nie to, że

2) konjunkturalne przesunięcia krzywych wogóle metodą tą nie zostają usunięte. Skutkiem tego otrzymujemy rozrzut punktów nieco mniejszy niż pierwotnie, bo powstały wyłącznie z przesunięć konjunkturalnych obu krzywych, ale ekonomicznie niemniej bezsensowny. Zamiast umiejscowienia krzywej popytu dała metoda Schultza i Moore'a częściowe ustatycznienie zagadnienia.

Siła nabywcza społeczeństwa wyraża się całkowicie w poziomie cen dóbr konsumcyjnych. Zmiany poziomu cen dóbr konsumcyjnych ilustruje wskaźnik kosztów utrzymania. Wskaźnik kosztów utrzymania jest zatem doskonałym miernikiem wahań siły nabywczej i to zarówno wahań ciągłych, jak konjunkturalnych i nieregularnych.

Jest rzeczą zupełnie oczywistą, że o ilości kupionej po pewnej cenie nie decyduje bezwzględna wysokość ceny, lecz jej stosunek do siły nabywczej. Cena nominalnie wysoka nie powoduje spadku spożycia przy wzroście siły nabywczej i naodwrót.

Chcąc zatem wyeliminować wpływ zmian w sile nabywczej na konsumcję należy badać nie bezwzględne wartości cen a ich relacje do tej właśnie zmiennej siły nabywczej. Dopiero zmiany tego stosunku będziemy mogli powiązać ze zmianami ilości sprzedanych.

W ten sposób dochodzimy do pewnej modyfikacji pojęcia krzywej popytu. O ile na wstępie zdefinjowaliśmy ją jako obraz funkcji wyrażającej współzależność między cenami a ilościami sprzedanemi po danej cenie, to teraz określimy ją jako ilustrację związku funkcjonalnego między stosunkiem cen danego dobra do siły nabywczej z jednej, a ilościami sprzedanemi po danej cenie z drugiej strony.

Modyfikacja ta podkreśla jedynie fakt, że powiązanie ilości sprzedanych po pewnej cenie z wysokościami bezwzględnemi tych

cen nie da się w dynamice uzasadnić, że nabędzie sensu ekonomicznego dopiero z tą chwilą, gdy przeciwstawimy ilościom ceny zrelacjonowane względem siły nabywczej.

Ponieważ brak indeksu kosztów utrzymania dla Krakowa, więc nie obliczam stosunku cen mięsa do tego wskaźnika wprost, lecz zastępuję go średnią arytmetyczną z warszawskiego indeksu kosztów utrzymania i krakowskiego wskaźnika cen żywności. Zastosowanie takiej namiastki jest o tyle uzasadnione, że na różnice między lokalnemi indeksami kosztów utrzymania wpływają przedewszystkiem różnice w cenach żywności.

Rezultatem tych obliczeń jest Tablica III i Wykres III. W zestawieniu tem wszystkie zmiany wynikające z przesunięć krzywej popytu są wyeliminowane. Dotyczy to zarówno perjodycznych, cyklicznych (konjunkturalnych), jak i jednorazowych wahań, czy to ciągłych czy też nieregularnych w tej mierze, w jakiej wpłynęły one na położenie krzywej popytu.

TABLICA III.

Ceny i ilości mięsa na rynku krakowskim od II/29—II/32 po usunięciu wszystkich wahań, wynikających z przesunięć krzywej popytu.

I′ — Dwunastomiesięczna średnia ruchoma przeciętnego dziennego spożycia mięsa w kg.

C″ — Iloraz z dwunastomiesięcznej średniej ruchomej średniej ważonej cen mięsa podzielonej przez średnią arytmetyczną indeksów kosztów utrzymania w Warszawie i kosztów żywności w Krakowie.

$$\left(C'' = \frac{C'}{\text{indeks kosztów}}\right)$$

	1929		1930		1931		1932	
	I′	C″	I′	C″	I′	C″	I′	C″
I			36957	3.34	37649	2,90	39633	2,27
II	38819	2,83	36801	3,39	38126	2,87	38248	2.39
III	38830	2,94	36843	3,12	38215	2,81		
IV	38813	2 96	36480	3,37	38802	2,74		
V	38810	2,98	36598	3,36	39273	2,68		
VI	37930	3,17	36375	3.31	39922	2,64		
VII	37880	3.19	36548	3 15	40073	2,55		
VIII	37481	3.26	37278	3.16	40015	2,47		
IX	37188	3.29	37305	3 08	40590	2,40		
X	37520	3,28	37518	2,97	39080	2,38		
XI	36848	3.22	37442	2,83	40188	2,30		
XII	36909	3,16	37234	2,77	40250	2,29		

Traktujemy zatem ceny jako funkcję ilości. Badamy jaką cenę zapłaconoby za pewną ilość, gdyby temperatura się nie zmieniała, gdyby siła nabywcza nie zwiększała się ani nie spadała. Możemy także postawić zagadnienie odwrotnie: możemy przyjąć cenę jako daną, a badać, jakąby ilość skonsumowano po danej cenie, gdyby tych wszystkich wpływów nie było. Wtedy należałoby jednak usunąć wpływ zmian w sile nabywczej na spożycie mięsa a nie na jego cenę.

Rozdział III. Omówienie rezultatów.

Punkty zawarte w Tablicy III układają się w systemie spółrzędnych dokoła jakiejś linji spadającej. Linję tę można wrysować odręcznie bądź też wyznaczyć jej przebieg metodą najmniejszych kwadratów. Ze względu na to, że zastosowanie tej metody i tak nie wyklucza daleko idącej dowolności przy wyborze kształtu krzywej i na stosunkowo małą ilość dat, umniejszającą ścisłość rezultatów, ograniczyłem się do odręcznego wrysowania krzywej.

Co do ścisłości obliczeń, to należy zauważyć, że punkty chronologicznie końcowe, (u dołu krzywej) są niezbyt pewne, a to dlatego, że z końcem roku 1931 Główny Urząd Statystyczny zmienił metodę obliczania indeksu kosztów żywności i indeksu kosztów utrzymania. Dla zachowania ciągłości musiałem dla kilku miesięcy ostatnich obliczyć odnośne cyfry na podstawie starej metody, przyczem niektóre pozycje musiałem zastąpić cyframi przeciętnemi ze względu na brak materjałów. Przypuszczam, że rzeczywiste cyfry usunęłyby lepiej wahania siły nabywczej podnosząc także i ostatnie punkty do poziomu krzywej.

W Wykresie pierwszym, ilustrującym rozrzut punktów zanotowanych na rynku w stanie surowym, rozrzut ten jest zupełnie nieregularny. Wyodrębnia się tam jednak punkt chronologicznie ostatni oznaczony N. 48 wyjątkowo niską cyfrą spożycia.

Punkty Wykresu II wykazują już tendencję skupienia się wokół jakiejś spadającej krzywej. Są one połączone linją zaznaczającą ich kolejność w czasie. Na linji wznoszącej się początkowo leżą punkty wcześniejsze z okresu dobrej konjunktury. Ostatni punkt, oznaczony na tym wykresie N. 43 znowu wykazuje znaczne odchylenie.

Punkty Wykresu III wreszcie gromadzą się już dość wyraźnie

dokoła poszukiwanej krzywej. Dzięki wyeliminowaniu wpływu zmian siły nabywczej, punkty z okresu dobrej konjunktury zbliżają się niezmiernie do innych. Jedynie punkty ostatnie z wyżej wymienionych powodów odbiegają nieco bardziej od krzywej.

W szczególności zwraca i na tym wykresie uwagę punkt N. 43, punkt ostatni. Po danej cenie winny być skonsumowane znacznie większe ilości. Tłumaczy się to tem, że w lipcu 1932 roku panowały przez szereg tygodni rzadkie jak na naszą szerokość geograficzną upały, co spowodowało spadek konsumcji mięsa o 50% w stosunku do poprzednich miesięcy, zupełnie nieusprawiedliwiony dość niską ceną. Punkt oznaczony N. 48 na Wykresie I, dotyczy lipca 1932 r., zaś punkt oznaczony N. 43 na Wykresie II i III dotyczy lutego 1932 roku, jest zatem pierwszą cyfrą średniej ruchomej dwunastomiesięcznej, na którą wpłynął w $^1/_{12}$ części spadek konsumcji z lipca tego samego roku. Ponieważ spożycie spadło o blisko 20.000 kg dziennie, więc każdy miesiąc tego samego roku będzie w średniej ruchomej dwunastomiesięcznej reprezentowany cyfrą o 1670 kg mniejszą od właściwej. To niezmiernie silne przypadkowe odchylenie nie może być oczywista zrównoważone przez normalne odchylenia sezonowe innych miesięcy. Gdyby skorygować cyfrę konsumcji o owych 1670 kg, to punkt wypadłby w bezpośredniem sąsiedztwie poszukiwanej krzywej.

Naogół rozrzut punktów jest niewielki. Wynika on ze statycznych ruchów tentatywnych, dla których brak miary statystycznej.

Ceny i spożycie mięsa w Krakowie od VIII/1928—VII/1932 wg miesięcy. Punkty są liczbowane wg ich kolejności chronologicznej.



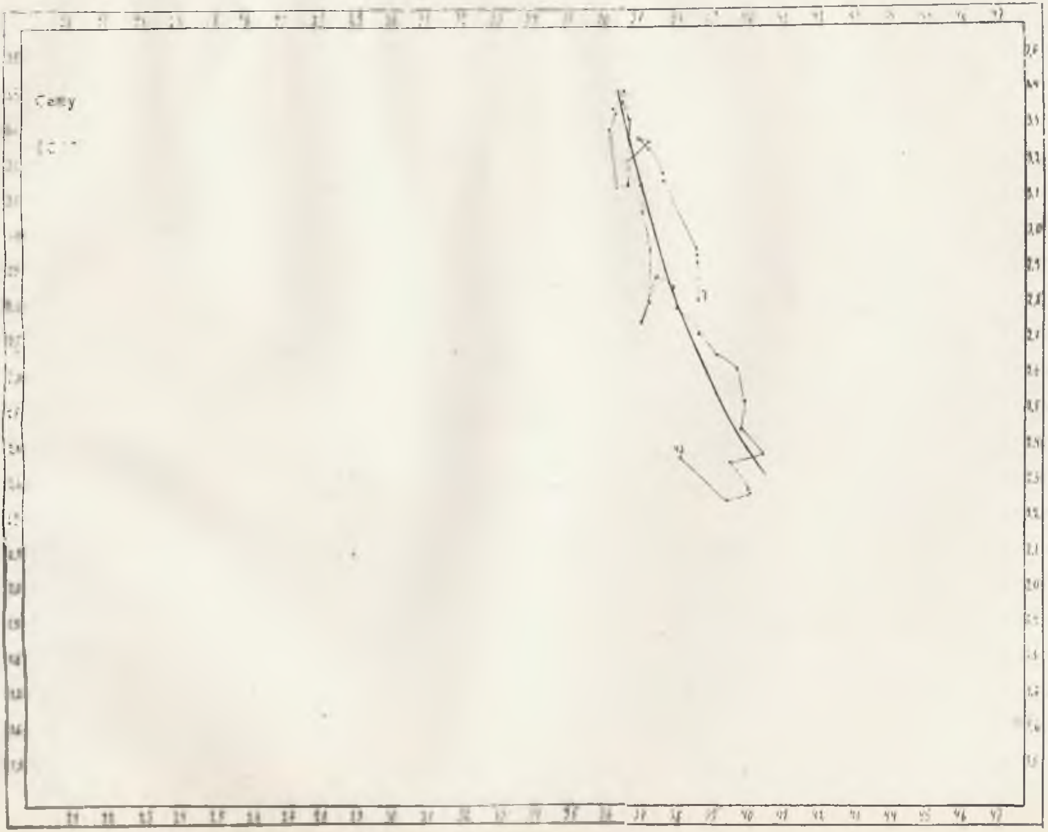
Wykres I do Tablicy I (na str. 367)
Ceny w zł. Ilości w tyś kg

Ceny i spożycie mięsa w Krakowie od II/1929—II/1932 po usunięciu wahań sezonowych.
Punkty są połączone w kolejności chronologicznej.



Wykres II do Tablicy II (na str. 369)
Ceny w zł. Ilości w tyś. kg.

Ceny i spożycie mięsa w Krakowie po usunięciu wszystkich wahań krzywej popytu. Punkty są połączone w kolejności chronologicznej. Linja krzywa przedstawia interpolowaną krzywą popytu.



Wykres III do Tablicy III (na str. 373)

Ceny $= C'' = \frac{C'}{\text{indeks kosztów}}$. Ilości w tyś. kg.